This is a digital copy of a book that was preserved for generations on library shelves before it was carefully scanned by Google as part of a project to make the world's books discoverable online.

It has survived long enough for the copyright to expire and the book to enter the public domain. A public domain book is one that was never subject to copyright or whose legal copyright term has expired. Whether a book is in the public domain may vary country to country. Public domain books are our gateways to the past, representing a wealth of history, culture and knowledge that's often difficult to discover.

Marks, notations and other marginalia present in the original volume will appear in this file - a reminder of this book's long journey from the publisher to a library and finally to you.

**Usage guidelines**

Google is proud to partner with libraries to digitize public domain materials and make them widely accessible. Public domain books belong to the public and we are merely their custodians. Nevertheless, this work is expensive, so in order to keep providing this resource, we have taken steps to prevent abuse by commercial parties, including placing technical restrictions on automated querying.

We also ask that you:

+ *Make non-commercial use of the files* We designed Google Book Search for use by individuals, and we request that you use these files for personal, non-commercial purposes.

+ *Refrain from automated querying* Do not send automated queries of any sort to Google's system: If you are conducting research on machine translation, optical character recognition or other areas where access to a large amount of text is helpful, please contact us. We encourage the use of public domain materials for these purposes and may be able to help.

+ *Maintain attribution* The Google "watermark" you see on each file is essential for informing people about this project and helping them find additional materials through Google Book Search. Please do not remove it.

+ *Keep it legal* Whatever your use, remember that you are responsible for ensuring that what you are doing is legal. Do not assume that just because we believe a book is in the public domain for users in the United States, that the work is also in the public domain for users in other countries. Whether a book is still in copyright varies from country to country, and we can't offer guidance on whether any specific use of any specific book is allowed. Please do not assume that a book's appearance in Google Book Search means it can be used in any manner anywhere in the world. Copyright infringement liability can be quite severe.

**About Google Book Search**

Google's mission is to organize the world's information and to make it universally accessible and useful. Google Book Search helps readers discover the world's books while helping authors and publishers reach new audiences. You can search through the full text of this book on the web at `http://books.google.com/`

3 2044 059 422 766

Digitized by Google

HARVARD LAW LIBRARY

Received FEB 15 1923

Digitized by Google

LAVOISIER
INE

Digitized by Google

Digitized by Google

# Zeitschrift

des

# bernischen Juristenvereins.

Unter Mitwirkung

der Herren Nationalrath Dr. Blösch in Bern, Oberrichter Blumenstein in Bern, Fürsprech R. Brunner in Bern, Oberrichter Favrot in Bern, Obergerichtsschreiber Fischer in Bern, Fürsprech Th. Haller in Brugg, Generalprokurator R. Hermann in Bern, Fürsprech R. G. König in Bern, Professor Dr. Leuenberger in Bern, Gerichtspräsident Dr. P. Lindt in Bern, Oberrichter Moser in Bern, Fürsprech N. Niggeler in Bern, Fürsprech Ph. Ritter in Biel, Fürsprech K. Schärer, Sekretär der Justizdirektion in Bern, Fürsprech Dr. Emil Vogt in Bern, Fürsprech P. Weißenbach in Bremgarten (Aargau), Dr. Arnold Zschokke, Stellvertreter des Obergerichtsschreibers in Aarau u. A. m.

redigirt

von

**G. Vogt,**

Professor in Bern.

## Erster Band.

(Jahrgang 1864/65.)

**Bern.**

Druck und Expedition der Buchdruckerei Rieder & Simmen.

(In Commission der J. Dalp'schen Buchhandlung.)

**1865.**

Digitized by Google

FEB 1 5 1923

Digitized by Google

# Inhaltsverzeichniß.

## Abhandlungen.


Moser, F., Oberrichter: Aufzeichnungen aus den Assisen: — Zur Lehre von den Antragsdelikten S. 16. — Anklage gegen Gebrüder Nordmann S. 90, 130, 147. — Anklage auf Fälschung; Einrede der beurtheilten Sache S. 189. — Haftentlassung gegen Sicherheitsleistung S. 416.

Vogt, Dr. Emil: Sind Geschwister einander nur für diejenige Hälfte des Muttergutes substituirt, welches sie in Folge Wiederverehelichung ihres Vaters herausbekommen haben S. 33.

Leuenberger, Prof. Dr.: Rückblick auf die Statutarrechte des Kantons Bern S. 65, 105.

Brunner, R., Fürsprech: Ueber die einem minderjährigen Franzosen zustehende gesetzliche Hypothek auf die im bernischen Jura gelegenen Liegenschaften seines Vormunds S. 125.

Vogt, G., Prof.: Revision der Lehre von den eidgenössischen Konkordaten S. 201.

*P. W.*: Das aargauische eheliche Güterrecht S. 228, 258.

Moser, F., Oberrichter: Die Zuständigkeit der Assisen nach den jetzigen Gesetzen und nach dem neuen Strafgesetzentwurf S. 249, 291 und 334.

Ritter, Philipp, Fürsprech: Fälle aus dem Wechselrecht S. 266, 301, 357, 395.

Niggeler, Fürsprech: Bericht über die Revision der bernischen Civilgesetzgebung S. 285.

Vogt, Dr. Emil: Das bernische Obligationenrecht und der Entwurf eines schweizerischen Handelsrechts S. 321.

Hermann, Generalprokurator: Ueber die Korrektionalisirungsbefugniß der Anklagekammer und die Rechtsprechung der Assisen S. 377.

Blösch, Dr. Eduard, Vater: Ueber die Bedeutung des Wortes „Wunn" S. 389.


Digitized by Google

## Rechtsprechung in Civilsachen.

A. **Uebersicht der Rechtsprechung des bernischen Obergerichts, resp. Appellations- und Kassationshofes**, 1865, Januar S. 363, Februar S. 365, März S. 401.

### B. Ausführlichere Mittheilungen.

#### 1. Bern, alter Kantonstheil.

(Personenrecht.)

Weibergutsempfangschein; gültig, wenn auch erst nach Anrufung des Geltstages ausgestellt S. 51.

Eheliches Güterrecht; absolut verbindliche Natur desselben S. 88.

Vaterschaftsklage; hat die Natur einer Statusklage S. 118.

(Dingliches Sachenrecht.)

Pfandrecht; Erlöschung desselben bedingt nicht Erlöschung der Forderung S. 8.

— eine im Grundbuch vorgenommene Löschung des Pfandrechts wird mit Wegfall des Löschungsgrundes rückgängig gemacht S. 9.

— Kassation einer auf Irrthum beruhenden Löschung S. 10, 11.

— bei unvollständiger Eintragung einer Nachgangserklärung in das Grundbuch ist der Originaltitel maßgebend S. 11.

Erbrecht; ein Legat ungültig erklärt wegen eines zwischen Testator und Notar bestehenden Anstellungsverhältnisses S. 3.

Vorrecht des jüngsten Sohnes hat höchstpersönlichen Charakter S. 54.

Amtliches Güterverzeichniß; der Erbe braucht seinen Anspruch auf die Erbschaft nicht in dasselbe einzugeben S. 125.

Recht zu testiren; dasselbe kann nicht übertragen werden S. 171.

Letzte Willensverordnung; Kassation wegen Mangel des Zeugnisses nach Satz. 562 C. S. 180.

Erbeinsetzung „sämmtlicher Kinder" einer Person umfaßt ihre nach Errichtung des Testaments gebornen Kinder S. 184.

Familienkiste; vor Eintritt des Theilungsfalls kann ein Antheil daran nicht rechtsgültig veräußert werden S. 186.

Erbschaftsausschlagung; wurde eine solche irrthümlicher Weise als rechtzeitig eingegeben erklärt und daraufhin die gerichtliche Vereinigung der Verlassenschaft vollführt, so befreit sie den Erben nicht von der Haftung für die Erbschaftsschulden S. 308.

Ehetag; schließt, obwohl wegen Ueberschreitung der Dispensationsbefugniß theilweise ungültig, das Notherbrecht des Ueberlebenden vollständig aus S. 405.

(Persönliches Sachenrecht.)

Bürgschaft; Rechtsverhältniß zwischen den ursprünglichen Bürgen und späteren Schuld- und Rechtsbürgen S. 1.

Digitized by Google

Abtretung eines Forderungsrechts; die Uebergabe des Titels ist dazu nicht unbedingt nothwendig S. 121.

Mitbürgschaft; dadurch, daß der Gläubiger die Eingabe in das amtliche Güterverzeichniß eines Mitbürgen versäumt, wird der andere Mitbürge nicht liberirt S. 146.

Präparatorische Verträge unterliegen den nämlichen Förmlichkeiten wie das Hauptgeschäft S. 368, 370.

Konkurrenzgeschäft; die Uebertretung der Zusage, ein solches nicht zu errichten, macht schadensersatzpflichtig S. 371.

(Eisenbahnrecht.)

Eisenbahnverwaltungen; Haftung für die bei Uebernahme eines Frachtstückes äußerlich erkennbaren Mängel S. 272.

— einer solchen kommen die nämlichen Einreden zu Statten, welche ihr Rückgriffsrecht gegen den von der Bahn mit dem Weitertransport beauftragten Frachtführer ausschließen S. 273.

— Berechnung des beim Transport von Oel gestatteten Manco's, wenn der Frachtbrief des Aufgebers das Gewicht jedes einzelnen Fasses einer Sendung angibt S. 346.

— Beschränkungen ihrer Haftbarkeit beim Transport von Oel S. 348.

(Wechselrecht.)

Wechselbürgschaft; inwieweit nach dem Civilgesetzbuch zu beurtheilen S. 267.

Wechselrecht; gewöhnlichen Eigenwechseln kommt auch ohne Präsentation am Verfalltage oder Protesterhebung das Wechselrecht zu S. 301.

Domizilwechsel; sowohl der Indossant als der Acceptant und der Eigenwechselinhaber können am bezeichneten Domizil zur Zahlung angehalten werden S. 357, 360.

Verfalltag und Zahlungstag sind nach der schweizerischen Wechselordnung identisch S. 395.

Fälschung der Unterschrift des Remittenten bewirkt Ungültigkeit des Wechsels S. 408.

(Civilprozeß.)

Wohnsitz; Unterschied des prozessualischen Domizils vom polizeilichen Wohnsitz S. 52.

— Erfüllung der polizeilichen Erfordernisse der Auswanderung bewirkt nicht Aufhören des rechtlichen Wohnsitzes S. 238.

Wiedereinsetzung in den vorigen Zustand; zulässig auch wenn der säumige Bevollmächtigte ein Notar war S. 5.

— nicht statthaft, wenn civilrechtliche Nothfristen verabsäumt wurden S. 170.

Rechtsversicherungsbegehren; eine Gantstagsmasse kann ein solches dem Einspruchskläger gegenüber nicht anbringen S. 169.

Digitized by Google

Ehescheidungsprozeß; Ausnahme von der Verhandlungsmaxime S. 173
Ladung, amtliche, ist, wenn es sich um einen dem Betrag nach in die Kompetenz des Gerichtspräsidenten fallenden Einspruch gegen einen Vollziehungsbefehl handelt, nicht erforderlich S. 175.
(Vollziehungsverfahren.)
Geltstag; derselbe kann gegen den Wechselschuldner auch am verzeigten Wechseldomizil eingeleitet werden S. 144, 357.
Wiederversteigerung; die bloße Eröffnung einer solchen macht die bei der ersten Versteigerung ertheilten Gläubigeranweisungen nicht hinfällig S. 175.

2. *Jura bernois.*)

*Acte dressé par un notaire incompétent;* n'est pas nul pour toutes. les stipulations qu'il renferme p. 6.
*Faillite;* les intérêts d'un prix de vente ont rang par privilège p. 55.
*Procédure consulaire;* un jugement par défaut ne peut être basé uniquement sur la *non-comparution du défendeur* p. 58.
*Hypothèque légale d'un mineur;* est reconnue en faveur d'un Français sur les biens du tuteur situés dans le Jura p. 81, 125.
*Serment décisoire;* prêté par l'un des demandeurs, en cas de divisibilité de l'objet revendiqué, ne profite qu'à lui seul p. 137.
*Procuration sous seing-privé;* relatée dans un acte *authentique,* — manière d'en vérifier les signatures p. 139.
*Contrat de vente;* la demande du vendeur tendant à annuler une vente pour défaut de payement est repoussée, aussi bien que la demande de l'acheteur d'être mis en possession p. 178.
*Juridiction consulaire;* sa compétence en matière de lettres de change ou de billets à ordre signés par des non-négociants p. 280, 281, 282.
*Privilège du vendeur;* le vendeur primitif non entièrement payé est préféré à l'acquéreur p. 310.
*Faillite;* une dette commerciale échue et non payée peut servir à fixer l'époque de l'ouverture d'une f. p. 349.
*Conjoints étrangers;* la loi du domicile conjugal est applicable à eux en matière de séparation de biens p. 373.
*Objets volés;* ne peuvent être réclamés au possesseur de bonne foi que par la voie de la revendication p. 376.
*Tribunaux de commerce;* la procédure doit être conforme aux prescriptions du Code de procéd. français p. 410.
*Procédure consulaire;* une ordonnance sur les preuves, une réforme etc. ne sont pas admissibles p. 410.

*) Nous faisons observer que, sous la rubrique B, 1, on trouve plus d'un arrêt rendu en vertu de lois qui sont en vigueur aussi bien dans le Jura que dans l'ancienne partie du canton. La rubrique B, 2 ne se rapporte qu'à des arrêts rendus en première instance par des tribunaux du Jura.

Digitized by Google

### 3. Aargau.

Genossenschaftseigenthum; Verschiedenheit desselben vom Miteigenthum; Unterschied zwischen einer Genossenschafts- und einer Gemeindewaldung S. 241.

Nutznießer; der Eigenthümer kann ihn, ohne den Nachweis einer Gefahr leisten zu müssen, zur Sicherheitsleistung anhalten S. 242.

Zeuge; ein solcher ist, wenn er seit Abgabe seines Zeugnisses in Geltstag gefallen, zur Beschwörung desselben zuzulassen S. 243.

Verjährung; dieselbe bewirkt Erlöschung des Forderungsrechts selbst, ohne daß eine Naturalobligation bestehen bleibt S. 284.

Währschaftspflicht; wird, wenn die Anzeige von Beschwerden unterlassen wurde, nicht dadurch ausgeschlossen, daß der Käufer Kenntniß von denselben hatte S. 312.

Fertigung von Liegenschaften; die Kontrahenten müssen, bei Folge der Nichtigkeit, bei der Verhandlung anwesend sein S. 313.

Schuldenruf; Unterlassung der Anmeldung einer Pfandrechtsforderung in einen solchen hat den Verlust der Kapitalforderung nicht zur Folge S. 352.

## Administrativrechtliche Entscheide.

Kompetenz der Gerichte in Bezug auf streitige Nutzungsrechte an Gemeindland S. 12.

Anerkennung der richterlichen Kompetenz zum Entscheid über die Fortdauer eines vom Berechtigten aufgegebenen Gemeindebürgerrechts S. 13.

Ein negativer Kompetenzkonflikt ist ebenfalls vom Großen Rathe zu entscheiden S. 15.

Einfragen an die Justizdirektion in Spezialfällen S. 192.

## Strafgerichtliche Praxis.

Mittheilung der Untersuchungsakten an die ärztlichen Experten, insbesondere an das Sanitätskollegium S. 25.

Beweiskraft von Anzeigen der Schulkommissionen in Schulversäumnißfällen S. 29.

Ein Mitglied der Anklagekammer darf in der nämlichen oder connexen Sache auch als Mitglied der Polizeikammer verhandeln S. 99, 318.

Ungültigkeit des Dekrets von 1843, betreffend Solche, welche ihrer militärischen Dienstpflicht nicht nachkommen S. 136.

Dem Kommandanten des Landjägerkorps steht die Befugniß nicht zu, Anzeigen seiner Untergebenen zurückzubehalten S. 158.

Kompetenz der Polizeiinspektoren, insbesondere in Bezug auf Bußeröffnungen S. 160.

Zwei Urtheile, betreffend das Konkordat zum Schutz des literari-

Digitized by Google

schen und künstlerischen Eigenthums (photographische Nachbildung einer Lithographie S. 244; Abdruck einer Novelle in einem Unterhaltungsblatt S. 246) S. 244.

Antrag des Generalprokurators von Bern in Sachen Braunschweig (Meineid) S. 315.

Cas de *récusation* des membres de la chambre d'accusation et de police p. 318.

Entgegnung in Sachen Braunschweig von Staatsanwalt Thurneysen in Basel S. 354. — Berichtigung von Generalprokurator Hermann S. 386.

## Literarische Besprechungen.

Schmidt, Wechselrecht S. 61. — Borchardt, allgemeine deutsche Wechselordnung S. 63. — *Liouville*, de la profession d'advocat S. 64. — Hillebrand, deutsches Privatrecht S. 193. — Bethmann-Hollweg, römischer Civilprozeß S. 194. — Escher, Politik S. 195. — Gundermann, englisches Privatrecht S. 386.

## Verschiedenes.

Materialregister der Zeitschrift für vaterländisches Recht S. 59. — Die im reformirten Theile von Bern anerkannten Fest- und Feiertage S. 60. — Neue Gesetzesentwürfe über Civilrecht, Obligationenrecht, dingliche Rechte, Cheques S. 196. — Schweizerischer und bernischer Juristenverein S. 388.

## Inserate.

Buchhändleranzeigen S. 200, 248, 320.

Digitized by Google

# Zeitschrift
des
# Bernischen Juristen-Vereins.

**Band I.** **Nr. 7.**

1. Januar 1865.



**Inhalt:** Die Lehre von den eidg. Konkordaten. S. 201. — Aargauisches eheliches Güterrecht. S. 228. — Rechtsprechung in Civilsachen: Bern, S. 238., Aargau, S. 241. — Zur Auslegung des Konkordats über das literarische Eigenthum, S. 244. — Inserate. S. 248.


## Revision der Lehre von den eidgenössischen Konkordaten.


Von Professor G. Vogt in Bern.


### I.

Bundesrecht vor 1848.

Von „eidgenössischen Konkordaten" ist unter den früheren schweizerischen Bundeseinrichtungen bis 1798 unseres Wissens nie die Rede gewesen. Sonderverträge unter einzelnen Kantonen unterlagen nicht der Prüfung und Genehmigung der Tagsatzung; wohl mochte es vorkommen, daß die Zusammenkünfte an den Tagsatzungen benutzt wurden, um Verträge einzelner Orte mit einander zu berathen und zu beschließen, aber die Tagsatzung als solche hatte sich damit nur dann zu befassen, wenn ihr von einem der Orte solche Verträge als Verletzungen bundesgemäßer Verpflichtungen denuncirt wurden. Auch dann aber nahm sie eine mehr vermittelnde Stellung ein, und wenn die Vermittlung ohne Erfolg blieb, war nicht sie, sondern ein eidgenössisches Schiedsgericht zum Entscheid über den Streit berufen. Eine allgemeine Bundesvorschrift, unter welchen Bedingungen Verträge unter einzelnen Ständen zulässig seien, bestand nicht; ebensowenig enthalten die einzelnen Bünde der 13 alten Orte beson-




Digitized by Google

dere Bestimmungen darüber,[1]) obwohl sich soviel von selbst versteht, daß solche Sonderverträge die in den Bünden übernommenen Verpflichtungen nicht schwächen noch auch ihnen widersprechen durften. Das Bestehen eines föderativen Verbandes hatte nur die Wirkung, daß ein jeder Ort die Hülfe der übrigen ansprechen konnte, um gegenüber solchen Sonderübereinkünften bei seinen in den Bundesbriefen und Landesfrieden gewährleisteten Rechten geschützt zu werden, sowie daß ein Rechtsverfahren geöffnet war, um Streitigkeiten, welche unter den vertragschließenden Orten über die Handhabung oder Beiseitelegung einer Sonderübereinkunft entstehen mochten, zum Austrag zu bringen; im Wesentlichen aber trugen solche Verträge durchaus den Charakter völkerrechtlicher Verträge unter souveränen Staaten.

Der alt-eidgenössische Staatenverband besaß bekanntlich nur einzelne Bruchstücke von dem, was man einen Bundesvertrag oder eine Bundesverfassung nennen könnte. Die Landfrieden des 16. bis 18. Jahrhunderts waren ein bleibendes Hinderniß für die Entwicklung gemeinsamer Institutionen, indem sie den Grundsatz der Nichteinmischung des Bundes in Alles, was die Souveränetät und die Religion einzelner Stände angehe, förmlich aussprachen und weiter spannen; von Ausbildung konstitutioneller Regeln über Verträge der Kantone unter sich — Regeln, welche nothwendig eine Grenze des Erlaubten hätten ziehen und die bisherige Ungebundenheit der Kantone einschränken müssen — konnte nach den konfessionellen Kämpfen jener Zeit nicht mehr die Rede sein. Abgesehen davon, waren jene Friedensschlüsse sowohl wie die Bünde, auf welchen der systemlose politische Bau der Eidgenossenschaft beruhte, meist nur unter einzelnen Orten, nicht unter allen, geschlossen; sie begründeten überdieß nicht sowohl eine Bundesgewalt mit bestimmten Kompetenzen gegen-

[1]) Im § 10 des Luzernerbundes vom 7. Nov. 1332 (Bluntschli, Geschichte des schweiz. Bundesrechts, II, S. 6) ist der Ausdruck, daß sich keiner der Orte mit Niemanden „weder usse noch inne“ ohne der sämmtlichen Eidgenossen Wissen und Willen verbinden solle, nicht so zu deuten, als seien damit Sonderübereinkünfte einiger der in dem Bund stehenden Orte unter sich gemeint.

Digitized by Google

über den Einzelstaaten, als sehr verschieden gestaltete, in einem Bunde so, im andern anders geregelte Rechtsverhältnisse der einzelnen Orte unter sich. Gemeineidgenössische Anordnungen, welche von der Tagsatzung ausgehen, kommen allerdings vor; aber es sind in der Regel nicht Mehrheitsbeschlüsse, welchen die Minderheit sich zu unterziehen hätte, sondern ihre verbindliche Kraft beruht auf allseitiger Zustimmung, und sie gelten nicht für Orte, welche diese Zustimmung versagen. Bekannt ist die Geschichte von dem „eidgenössischen Defensional", der eidgenössischen Wehrverfassung von 1668, und wie die demokratischen Stände demselben die Anerkennung verweigerten, so daß Schwyz noch im Jahr 1792, aus Anlaß der eidgenössischen Grenzbesetzung in Basel, erklärte, daß es nur aus freundeidgenössischer Gesinnung für Basel sein Kontingent zur Besatzung stelle.[1]) Ein vereinzelt dastehender Tagsatzungsbeschluß von 1515, daß in Allem, was Ehre und Wohlfahrt der Eidgenossen betreffe, die Minderheit der Mehrheit folgen solle,[2]) ist nie zum praktisch maßgebenden Grundsatz erhoben worden. So könnte man den im Eingang aufgestellten Satz auch umkehren, und im Sinne, welchen eine spätere Zeit an den Ausdruck „eidgenössische Konkordate" knüpfte, die Bundesverfassung der älteren Zeit selbst ein unförmliches Konglomerat eidgenössischer Konkordate nennen.

Erst mit der Mediationsakte von 1803 beginnt die Zeit der neben einer geschriebenen, allgemein verbindlichen Bundesurkunde hergehenden eidgenössischen Konkordate. Die Mediationsakte erklärte, daß alle nicht ausdrücklich der Bundesgewalt übertragenen Rechte den Kantonen vorbehalten seien; sie verfügte, daß „in Allem, was die innere Einrichtung der Kantone und ihre gegenseitigen Verhältnisse betrifft, keine Rechte auf den ehemaligen politischen Zustand der Schweiz begründet werden

[1]) Blumer, Staats- und Rechtsgeschichte II, S. 273; Sammlung der älteren eidg. Abschiede, Bd. VIII, S. 169 u. 687.

[2]) Zellweger, Appenzeller Gesch. III, S. 38 (aus einer handschriftlichen Sammlung). Es wäre von Interesse zu erfahren, welches im Näheren die Veranlassung dieses Beschlusses war.

Digitized by Google

können"; sie untersagte den Kantonen jedes „Bündniß" unter einander (Mediationsakte von 1803, Kap. XX, Art. 12, 40 und 10). Allerdings gab die Mediationsakte dem Bunde weit ausgedehntere Kompetenzen und eine fester gestaltete Organisation, als ihm vor 1798 zugekommen waren, aber mit jenem „ausdrücklich" unterband sie jede über die stricte Auslegung der Verfassung hinausgehende Entwicklung, während sie durch die Sanktion des Bruches mit der Vergangenheit zugleich diejenigen engeren Beziehungen zerstörte, wie sie früher zwischen einzelnen Kantonen bestanden hatten, und einige Grundsätze entkräftete, die früher als gemeineidgenössisches Recht gegolten hatten, aber in der Bundesurkunde nicht erwähnt waren. Von letzteren mag hier beispielsweise der zuerst im Zürcher Bunde von 1352 ausgesprochene und seither vielfach wiederholte Grundsatz erwähnt werden, daß „Jedermann von dem Anderen Recht nehmen solle an den Stätten und in dem Gericht, da der Ansprechig seßhaft ist und hingehöret." [1]) Nur auf dem Wege der freien Uebereinkunft unter den Kantonen schien es möglich, sei es solche Grundsätze wiederaufzufrischen, sei es unter Kantonen besondere engere Verpflichtungen zu begründen, als sie die Bundesakte allen auferlegte; aber war das vereinbar mit dem Verbot aller Bündnisse unter Kantonen?

Die Tagsatzung der Mediationsperiode knüpfte in beiden Beziehungen an die Traditionen des alten eidgenössischen Staatsrechtes an, soweit sie mit dem Geist der neuen Verfassung verträglich schienen. In einem auf Antrag Berns — welches in Bezug auf die kirchlichen Verhältnisse des protestantischen Bucheggbergs die frühere Uebereinkunft mit Solothurn wiederherzustellen wünschte — gefaßten Beschlusse vom 29. Juni 1803 gestattete sie den Kantonen den Abschluß von Verkommnissen über kirchliche, Civil-, Polizei- und örtliche Gegenstände, unter der Bedingung, daß dieselben der Tagsatzung jedesmal zur Kenntniß gebracht würden.[2]) Die erste solche Uebereinkunft,

[1]) Bei Bluntschli Bundesrecht, II, S. 10.

[2]) Repertorium der Tagsatzungsabschiede von 1803—1813, S. 130 und 159. — Urkunden zum Repertorium S. 226. Vergleiche auch § 4

Digitized by Google

welche ihr in Gemäßheit dieses Beschlusses vorgelegt und von ihr genehmigt wurde, war das „Konkordat" zwischen Bern und Solothurn, betreffend den Bucheggberg [1]) — „Konkordat" offenbar deßhalb betitelt, weil es kirchliche Anordnungen zum Gegenstande hatte. — Ganz anders verfuhr die Tagsatzung in Bezug auf solche Grundsätze, welche noch neben den Garantien der Mediationsakte als gemeineidgenössisches Recht bestätigt oder neu eingeführt werden sollten. Es wurde über dieselben auf der Tagsatzung berathen und beschlossen; in keinem einzigen Falle finden wir, daß Separatverhandlungen unter Kantonen vorausgehen, oder das Abkommen vorerst unter ihnen geschlossen, und nachher an die Tagsatzung gebracht wird. Ergab sich bei der Behandlung des Gegenstandes im Schooße der Tagsatzung keine Mehrheit der Stimmen für die Annahme — und man beachte, daß Mehrheit der Stimmen damals nicht gleichbedeutend war mit Mehrheit der Kantone! — so war der Gegenstand erledigt [2]); wurde dagegen mit Mehrheit der Stimmen die Annahme beschlossen, so war der Beschluß nur verbindlich für die zustimmenden Kantone. Stimmten alle Kantone bei, so war das constitutionelle Bedenken, welches eine Einschränkung des Mehrheitsprinzips gebot, weggeräumt, die Kompetenzfrage machte keine Schwierigkeit mehr — es war m. a. W. kein Unterschied zwischen einem solchen Beschlusse und einem von der Mehrheit innert der Schranken der ihr ausdrücklich zugewiesenen Kompetenzen gefaßten Beschlusse, als allenfalls der, daß ein Kanton vielleicht den Anspruch erheben konnte,

---

des Tagsatzungsbeschlusses über das Postwesen, vom 2. August 1803, Urkunden S. 387.

[1]) Urkunden zum Repertorium der Abschiede von 1803 — 1813, S. 228.

[2]) So fiel eine Anregung Solothurns auf Abschluß eines Konkordats über gegenseitige Stellung der Zeugen in Civilsachen dahin und erwuchs auch unter den zustimmenden Kantonen nicht zu einem verbindlichen Uebereinkommen, nachdem die Tagsatzung beschlossen hatte, es dießfalls beim Alten zu belassen (20. Juni 1809, Repertorium S. 162).

Digitized by Google

später jenem Beschlusse seine Zustimmung zu kündigen. [1]) — Diese mit Stimmenmehrheit oder mit Stimmeneinhelligkeit von der Tagsatzung gefaßten Beschlüsse über Gegenstände, welche die Bundesakte nicht ausdrücklich in ihre Kompetenz gelegt hatte, Beschlüsse, welche aus eben diesem Grunde nur für die zustimmenden Kantone verbindlich sind, — diese sind es, welche seit der Mediationszeit unter dem Namen eidgenössische Konkordate zusammengefaßt werden und, ihrem staatsrechtlichen Charakter nach beurtheilt, ein ganz eigenthümliches Gemisch von Vertrag und Gesetz darstellen. Tagsatzungsbeschlüsse und eidgenössische Konkordate — das sind die beiden Arten, welche man unter dem Gattungsbegriff „eidgenössischer Conclusa" zusammenfaßt; das Konkordat steht dem Tagsatzungsbeschlusse näher, als der Konvention unter Kantonen, denn es bildet einen Theil des Bundesrechts, während die letztere den Bund nur insoweit beschäftigt, als er zur Kontrolirung der Verfassungsmäßigkeit ihres Inhalts berufen ist; diese Konventionen sind Staatsverträge, die wesentlich nach völkerrechtlichen Grundsätzen zu beurtheilen sind, das Konkordat dagegen ist ein Bundesgesetz für einen mit dem allgemeinen Bunde für verträglich erachteten Sonderbund. Darüber indeß fehlt es an einem sicheren Prinzip, was nun, materiell genommen, Gegenstand eines eidgenössischen Konkordates sein könne, und ob es Gegenstände gebe, welche unter allen Umständen nur die Materie eines kantonalen Staatsvertrages abgeben können. Z. B. über gegenseitige Stellung von Zeugen oder von polizeilich Verfolgten u. dgl. m. kann ebensowohl ein eidgenössisches Konkordat zu Stande kommen, als ein Staatsvertrag unter mehreren Kan-

---

[1]) Das Konkordat betreffend das Forum des zu belangenden Schuldners vom 15. Juni 1804 ist daher auch „Beschluß" betitelt und heißt erst seit 1818 „Konkordat". — Das „Konkordat" vom 5. Juni 1805 über Eheeinsegnungen und Kopulationsscheine, welchem alle Kantone außer Schwyz und Tessin beigetreten waren, wird eingeleitet mit den Worten: „Die Tagsatzung .... hat beschlossen", aber im Art. 6 als „Convention" bezeichnet. (Urkunden Nr. 94.)

Digitized by Google

tonen abgeschlossen werden. Ebensowenig sind in Bezug auf andere Fragen, wie z. B. über die Bedingungen, unter welchen ein Kanton von einem Konkordat zurücktreten darf, ausgebildete Grundsätze vorhanden; ja, in einem sehr wichtigen Punkte scheinen Konkordate und Staatsverträge gleich behandelt worden zu sein, indem Streitigkeiten unter Kantonen über die Handhabung eines Konkordats an das Syndikat (d. h. an die als Bundesgericht konstituirte Tagsatzung) gewiesen wurden (Repertorium S. 160, § 85, D, und S. 288, N), während die Handhabung von Tagsatzungsbeschlüssen Sache der Tagsatzung als solcher war.

Wie schwer es hielt, die Konkordate von den Tagsatzungsbeschlüssen genau zu unterscheiden, — lag doch der Kern des Unterschiedes in der Kompetenzfrage! — zeigte die Revision der „eidgenössischen Concluſa" in den Jahren 1816—1818. Von 1803 bis auf die Gegenwart hat sich in unserem Bundesrecht die Rechtskontinuität erhalten; nie beseitigte seither eine neue Bundesakte alle früheren bundesrechtlichen Institutionen so vollständig, wie die Helvetik es mit der alten Eidgenossenschaft und die Mediation mit dieser und der Helvetik gethan hatte. So bestätigte der Bundesvertrag von 1815 (§ 14) alle eidgenössischen Konkordate und Verkommnisse seit 1803, sofern sie den Grundsätzen des gegenwärtigen Bundesvertrages nicht widerstritten, die Tagsatzungsbeschlüsse der gleichen Periode dagegen sollten einer Revision unterworfen und auf deren Grund entschieden werden, welche von ihnen fort in Kraft bestehen sollten. Die Tagsatzungskommission, welcher die Bearbeitung dieser Revision übertragen war, stellte sich die Aufgabe sofort umfassender, als es der Wortlaut des Bundesvertrages mit sich brachte, indem sie auf alle „eidgenössische Concluſa", Konkordate wie Tagsatzungsbeschlüsse, die Revision ausdehnte, und an die Konkordate keineswegs nur den Maßstab ihrer Vereinbarkeit mit dem Bundesvertrag anlegte. Ebenso die Tagsatzung selbst. Die meisten Konkordate wurden einfach bestätigt, andere blieben bloß provisorisch in Kraft, bis die von der Tagsatzung beschlossene neue

Digitized by Google

Redaktion zu Stande gebracht war,[1]) andere erhielten Zusätze,[2]) noch andere wurden nicht bestätigt, obwohl die in ihnen enthaltenen Vorschriften, mehr oder weniger modificirt, später wieder in einem neuen Konkordat auftauchten.[3]) Daß manche aus der Mediationsperiode stammende Tagsatzungsbeschlüsse nur als Konkordate bestätigt wurden, darf uns nicht verwundern; Gegenstände, welche die Mediationsakte in die Hände des Bundes gelegt hatte, waren nunmehr wieder den Kantonen anheimgegeben, und es lag in der Natur der Dinge, daß man sich bei Durchführung der Unterscheidung zwischen Konkordat und Beschuß nach den jetzigen, nicht nach den früheren Kompetenzregeln richtete. Jener Tagsatzungsbeschluß vom 29. Juni 1803, welcher die Kantone zum Abschlusse von Konventionen unter einander ermächtigte, ist bei der Revision von 1818, man möchte sagen, abhanden gekommen; er wurde nicht förmlich beseitigt, doch auch nicht bestätigt, trat also ohne Zweifel nicht wieder in Kraft. Keine Vorschrift des Bundesvertrages von 1815 verpflichtete die Kantone, Verträge, welche sie untereinander schließen möchten, der Bundesbehörde vorzulegen; das Verbot von Sonderbündnissen im § 6 des Bundesvertrages[4]) redete nicht so allgemein von „Bündnissen" der Kantone unter sich wie der Art. 10, Kap. XX der Mediationsakte, sondern bezog sich speziell auf politische Verbindungen. Gestützt auf diesen Paragraphen wurden der Sarnerbund, der Sonderbund aufgelöst, das Siebnerkonkordat angefochten, aber in Betreff solcher Uebereinkünfte, welche nicht auf das Gebiet der politischen Allianzen hinüberspielen, war den Kantonen völlig freie Hand gelassen. Der Unterschied zwischen

---

[1]) So dasjenige über Heimathlosigkeit, über Convertiten u. dgl. vom Jahr 1812, Vogt, Handbuch des Bundesrechts S. 106.

[2]) So dasjenige über Ehen zwischen Katholiken und Reformirten, von 1810 und 1812, ebendaselbst.

[3]) So die bei Vogt, a. a. O. S. 108 am Schlusse der Anmerkung angeführten Konkordate.

[4]) „Es sollen unter den einzelnen Kantonen keine, dem allgemeinen Bund oder den Rechten anderer Kantone nachtheilige Verbindungen geschlossen werden."

Digitized by Google

solchen Uebereinkünften und eidgenössischen Konkordaten trat daher durch den Bundesvertrag von 1815 dadurch noch schärfer zu Tage, als in der Mediationszeit, daß nunmehr nur noch die Konkordate an die Tagsatzung gelangten, während zugleich der Eifer, mit welchem man die Rechte der kantonalen Souveränetät dem Bunde gegenüber wahrte, [1]) ebensowenig eine Verwischung des Unterschiedes zwischen Konkordaten und Tagsatzungsbeschlüssen aufkommen ließ. In einer Beziehung freilich stellte man eidgenössische Konkordate und kantonale Staatsverträge einander gleich; obwohl nämlich der Bundesvertrag selbst die Bestätigung der seit 1803 geschlossenen Konkordate ausgesprochen hatte, und man, gestützt darauf, vielleicht hätte geltend machen können, daß Streitigkeiten unter Kantonen über die Auslegung konkordatsgemäßer Regeln von der Tagsatzung zu entscheiden seien, so scheint doch die entgegengesetzte Meinung die herrschende gewesen zu sein, daß nämlich kantonale Konflikte dieser Art ebenso wie solche, die sich bloß um ein kantonales Verkommniß drehten, Gegenstände beträfen, „die nicht durch den Bundesvertrag gewährleistet sind", der Entscheid über welche an das eidgenössische Recht (Schiedsrichter) zu verweisen war (§ 5 des Bundesvertrages). Eher noch als für die Kompetenz der Tagsatzung, fanden sich Anhänger für die Meinung, daß Streitfälle, welche der richterlichen Entscheidung unterliegen, also namentlich Fragen über den Gerichtsstand in einem Civilprozesse, nicht dadurch zu einem Streit unter Kantonen werden, daß ein jeder der Kantone, um deren Gerichte es im konkreten Falle sich handelt, die Zuständigkeit seiner Gerichte behauptet,

[1]) Bezeichnend ist in dieser Beziehung der Tagsatzungsbeschluß vom 14. Juli 1818: „Für die Zukunft könne und werde die Tagsatzung über „keine Gegenstände allgemein verbindliche Beschlüsse fassen, als über solche, „die ihr durch die Bundesverfassung selbst oder durch einmüthige Zustim„mung der Stände übertragen sind; alles Andere sei Sache des Verkomm„nisses und des freiwilligen Beitritts." Wenn später die kantonale Souveränetät häufig der Bundesautorität weichen und sich eine ausdehnende Auslegung der Kompetenzen des Bundes gefallen lassen mußte, so gehört diese Richtung schon in die Zeit der allmäligen inneren Auflösung der staatenbündischen Verfassung der Schweiz.

Digitized by Google

und daß demgemäß, da weder die Tagsatzung noch das eidgenössische Recht sich mit Rekursbeschwerden Privater in Civilrechtshändeln zu befassen habe, ein solcher Konflikt in keiner Weise Anlaß zu einer Einmischung Seitens des Bundes geben könne. [1]) Mit dieser Ansicht steht im Zusammenhang das so vielfach angefochtene Konkordat vom 21. Juli 1826, zur Erläuterung desjenigen von 1804 über das Forum des zu belangenden Schuldners, in welchem, um jener häufigen Verweisung auf die Trennung der Gewalten und die daraus hervorgehende Unstatthaftigkeit eines Einschreitens der Regierungen gegen Verletzungen jenes alten konkordatsgemäßen Grundsatzes durch die Gerichte den Faden abzuschneiden, die Mehrheit der Kantone sich für den Grundsatz erklärten, daß die Regierungen von sich aus über Beobachtung des Konkordats von 1804 zu wachen hätten, und „demnach die Anwendung desselben in Hinsicht auf

---

[1]) Siehe u. A. die Verhandlung über einen Gerichtsstandsstreit zwischen Schwyz und Zug, Abschied von 1818, S. 195. — Stettler (Bundesstaatsrecht seit 1798, S. 134 ff.) huldigt überdieß noch der extremen Ansicht, daß auch in eigentlichen Streitigkeiten unter Kantonen es überhaupt keinen Richter im Bunde gebe, — weder Tagsatzung, noch Schiedsgericht — wenn der Streitgegenstand entweder privatrechtlicher Natur sei, oder zu den im Bundesvertrag gewährleisteten Rechten gehöre; im letzteren Falle bleibe jeder Kanton bei seiner Souveränetät, im ersteren habe der klagende Kanton seine Klage vor den Gerichten des beklagten Kantons anzubringen. Der zweite dieser Sätze wurde von der Tagsatzung ausdrücklich verworfen; was den ersten anbetrifft, so ist er nicht so widersinnig, als es auf den ersten Blick scheint. Noch heutzutage kann, wenn es an einer den Gegenstand des Streites beschlagenden bundesrechtlichen Norm fehlt, ein Streit unter Kantonen nicht anders entschieden werden, als indem man einen jeden bei seiner Territorialhoheit schützt — z. B. bei Erbschaftsstreitigkeiten unter zweien nicht im Konkordat stehenden Kantonen einen jeden das ihm eigenthümliche Recht auf die in seinem Gebiet gelegenen Erbschaftsstücke anwenden läßt (vergl. den Fall Turian bei Ullmer, staatsrechtliche Praxis der Bundesbehörden, S. 218 ff.) — was im praktischen Resultat dem von Stettler vertheidigten Satze gleich kommt. Das Schiefe desselben liegt darin, daß da, wo eine bundesrechtliche Norm über die Materie des Streites nicht besteht, eine Entscheidung durch das eidgenössische Schiedsgericht zugegeben, da hingegen, wo eine solche Norm vorhanden ist, jede bundesgemäße Entscheidung geläugnet wird.

Digitized by Google

„Betreibungen und Arreste zwischen Eidsgenossen verschiedener „Kantone dem Entscheid gerichtlicher Behörden nicht unter„worfen sein soll." — Auf die dieser Erläuterung des Konkordats von 1804 zu Grunde liegende Anschauung läßt sich, beiläufig bemerkt, der Ursprung zurückführen von jener unsere Begriffe von richterlicher Selbstständigkeit stoßenden Jurisdiktion der politischen Behörden des Bundes über bürgerliche Rechtsstreitigkeiten, wenn deren Entscheid von der Auslegung einer Vorschrift der Bundesverfassung oder eidgenössischer Konkordate abhängt, so wie umgekehrt die Ungenirtheit, mit welcher in der nordamerikanischen Union die Gerichte die Verfassungsmäßigkeit eines Gesetzes untersuchen, ihre geschichtliche Erklärung darin findet, daß zur Zeit der britischen Herrschaft die Gerichtshöfe in den Kolonien vom König eingesetzt wurden, und deßhalb den Akten der ganz oder theilweise vom Volke der Kolonie gewählten gesetzgebenden Versammlungen gegenüber sorgfältige Kontrole übten, ob die Kolonialgesetzgebung die Schranken ihres Rechts nicht in einer für die Oberherrschaft des Mutterlandes bedrohlichen Weise überschreite.

Wie früher, so dauerte auch unter dem Bundesvertrag von 1815 die Uebung fort, daß Konkordate im Schooße der Tagsatzung angeregt, berathen und beschlossen wurden, daß sie dahinfielen, wenn sie keine Mehrheit von Standesstimmen (also von wenigstens zwölf ganzen Kantonen) auf sich vereinigten, und daß im Falle der Annahme die dissentirenden Kantone nicht gebunden waren. Die Motive aber, weßhalb die Behandlung der Konkordate durch die Tagsatzung bestehen blieb, waren nicht mehr ganz die nämlichen, wie in der Mediationszeit; damals wählte man diese Form, um auch den Schein einer Verletzung der vom mächtigen Vermittler an der Seine eifersüchtig bewachten Verfassung in Bezug auf das darin enthaltene Verbot kantonaler Verbindungen zu vermeiden, jetzt folgte man theils dem Herkommen, theils hatte man bestimmt das Ziel im Auge, auf diesem Wege der allseitig empfundenen Unvollkommenheit des Bundesvertrages in eidgenössischem Sinn und Geist nachzuhelfen. Es war daher eine sehr schwierige, und keineswegs mit bloßer

Digitized by Google

Verweisung auf die völkerrechtlichen Lehren — oder Controversen — zu lösende[1]) Frage, unter welchen Bedingungen ein Kanton von einem eidgenössischen Konkordat zurücktreten dürfe. Wenn die Konkordate Fortbildungen des Bundesvertrages mit freilich nicht allgemeiner Verbindlichkeit sind, muß dann von ihnen nicht dasselbe gelten wie vom Bundesvertrag selbst, das nämlich, daß nicht ein jeder Kanton beliebig das Verhältniß aufkünden und austreten kann? Aber ließ man nicht, wenn man diese Frage bejahte, jenem kaum zu überwindenden Widerstand, welchen das reine Vertragsprinzip jedem Versuch einer Revision der ungenügenden staatenbündischen Verfassung entgegenstellte, auch in Betreff der Konkordate sein Spiel; setzte man sich so nicht der Gefahr aus, den Forderungen einer späteren Zeit in Bezug auf zweckmäßige Umgestaltung früherer Konkordate nicht entsprechen zu können?[2]) — Es ist sehr natürlich, daß dieses

---

[1]) Darin fehlt L. Snell, Handbuch des schweiz. Staatsrechts, Bd. I S. XLI ff., der in den Konkordaten nichts als „völkerrechtliche Verträge" sieht; im Gegensatz zu der damals herrschenden Ansicht vertheidigt Snell die jederzeitige, einseitige Widerruflichkeit solcher Verträge. Kasimir Pfyffer geht in seinem Kommissionalbericht vom 25. August 1835 (Beilage Y zum Tagsatzungsabschied von 1835) von einer anderen Theorie aus, steht aber wie Snell auf dem Boden der völkerrechtlichen Beurtheilung.

[2]) Schon 1818 konnte man sich nicht einigen über eine Bundesvorschrift betreffend die Dauer von Konkordaten, und brachte es, obwohl mindestens in Einem Punkte — darüber nämlich, daß in neu abzuschließenden Konkordaten die konkordirenden Stände diese Fragen nach Gutdünken reguliren dürfen — keine Meinungsverschiedenheit sich bemerklich machte, doch nur zu dem nichtssagenden Beschlusse: daß man im Hinblick auf den § 14 des Bundesvertrages und die von den Ständen abgegebenen Erklärungen über die nunmehr bestätigten 21 Konkordate eine fernere Bestimmung ihrer Dauer für überflüssig erachte, und auch von einer Berathung über Form und Dauer künftiger Konkordate abstrahire, so daß die Beantwortung der Frage, ob darüber auf eidgenössischen Tagen eingetreten werden solle, der Zukunft anheimgestellt bleibe (22. Juli 1818; Abschied S. 63). — Basel, welches im folgenden Jahre die Aufnahme einer Vorschrift, betreffend den Anfangspunkt der Verbindlichkeit von Konkordaten beantragte, drang mit seinem Antrag nicht durch (Abschied 1819 S. 54), ebensowenig sechszehn Jahre später Bern mit seinem, auf der völkerrechtlichen Ansicht von den Kon-

Digitized by Google

letztere Bedenken sehr schwer namentlich dann in's Gewicht fiel, als in den dreißiger Jahren die meisten Kantonalverfassungen in demokratischem Sinne umgestaltet, die von den gleichen politischen Tendenzen eingegebenen Versuche zur Revision des Bundes dagegen gescheitert waren. Den äußeren Anlaß zur Entscheidung dieser Fragen bot das Konkordat über die Auslieferung der Ausreißer von besoldeten Kantonstruppen vom 6. Juni 1806, bestätigt den 9. Juli 1818, von welchem mehrere Kantone sich zurückzogen, um nicht Baselstadt in seinen Fehden mit Baselland durch Auslieferung der Ausreißer von der Basler „Standestruppe" Vorschub leisten zu müssen. Die führte zum Tagsatzungsbeschlusse vom 25. Juli 1836 „über die Art und Weise des Rücktrittes eines Kantons von einem einmal eingegangenen Konkordat", welcher die Starrheit des strengen Vertragsprinzips und das Bedürfniß des Wechsels — die Meinung, daß ein Kanton jederzeit frei aus einem Konkordat austreten könne, fand im Jahre 1818 gar keine, im Jahre 1836 nur eine schwache Vertretung im Schooße der Tagsatzung [1]) — durch das Kompromiß zu versöhnen suchte, daß es von der Mehrheit der in einem Konkordat stehenden Stände abhängen solle, den Austritt zu bewilligen, daß aber, wenn diese das Austrittsbegehren abweise, die Tagsatzung angerufen und von ihr der Austritt bewilligt werden dürfe (Art. 1, litt. a und b). Als eine richterliche Funktion wurde die Bewilligung des Austritts nicht aufgefaßt, und sie ist es in der That nicht; wohl aber können aus einem solchen Austritt, mag er nun von der Mehrheit der Konkordatsstände oder von der Tagsatzung gestattet worden sein, den im Konkordat verbleibenden Kantonen in Geld abschätzbare Nachtheile ent-

---

kordaten beruhenden Vorschlag, die Tagsatzung solle sich künftig nur mit den in ihre Entscheidungskompetenz fallenden Gegenständen befassen und es den Kantonen überlassen, alles Weitere, wie namentlich Konkordate, nach Schluß der Tagsatzung in besonderen Konferenzen zu behandeln (Abschied 1835, S. 177 ff.).

[1]) Siehe das Resumé der Diskussion von 1836 bei Snell, a. a. O. Bd. I, S. 714 ff.

Digitized by Google

stehen, und der Beschluß wahrt daher den gerichtlichen Charakter eines solchen Anspruchs, indem er ihn an die Entscheidung nach eidgenössischem Rechtsverfahren weist (Art. 1, litt. c und d). Zum ersten Male wird in diesem Beschlusse der Unterschied eidgenössischer Konkordate von Staatsverträgen unter Kantonen in Gesetzesform ausgesprochen und eine staatsrechtliche Theorie von den Konkordaten zu Grunde gelegt. Eidgenössische Konkordate nennt es solche, „welche die Mehrheit der eidgenössischen Stände im Schooße der Tagsatzung unter sich abgeschlossen hat" (Art. 1), und verweist im Gegensatz zu diesen „Anstände, betreffend besondere Konkordate, welche nicht von der Mehrheit der eidgenössischen Stände im Schooße der Tagsatzung, sondern nur zwischen einzelnen Kantonen abgeschlossen wurden", vor das eidgenössische Recht (Art. 2).[1]) Die Frage, ob der Beschluß nur auf neu abzuschließende Konkordate Anwendung finden solle, oder ob man ihm rückwirkende Kraft sowohl in Beziehung auf die von 1803 bis 1815, als gegenüber den seit 1815 abgeschlossenen Konkordaten einräumen wolle, wurde im letzteren Sinne entschieden. Einen Uebergriff mochte man dieß nennen, allerdings nicht insofern, als darin in Wahrheit eine Verletzung des Grundsatzes der Nichtrückwirkung der Gesetze hätte erblickt werden können, aber eher mit Rücksicht darauf, daß der § 14 des Bundesvertrages nur von den Kon-

[1]) Soll damit gesagt sein, daß von solchen Partikularkonkordaten jeder Kontrahent durch einseitige Kündigung jederzeit sich lossagen könne und nur allenfalls ein Civilanspruch auf Entschädigung noch gegen ihn gerichtet werden dürfe? — Der Bundesrath scheint es so anzunehmen, wenn er sagt: „die Befugniß, Staatsverträge, die sich nicht auf die Einräumung von Privatrechten beziehen, sondern nur Gegenstände des öffentlichen Rechts reguliren, aufzukünden und einseitig davon zurückzutreten, sei bei Entwicklung des schweizerischen Bundesstaatsrechts stetsfort ausgeübt worden" (Ullmer, a. a. O. S. 510), aber ein näherer Nachweis der Richtigkeit dieses Ausspruchs wäre erwünscht. Auch die Gebietshoheit ist kein „Privatrecht", und doch gehören Grenzverträge unter Kantonen gewiß nicht zu den einseitig aufkündbaren (vergl. Martens, Précis § 58, Wheaton Elements III, c. 2. § 9, und Twiss, Law of nations I, § 225 über die „transitorischen Verträge").

Digitized by Google

konkordaten bis 1815 redete, und die seitherigen Konkordate streng genommen zu den nicht durch den Bundesvertrag gewährleisteten und deßhalb der Kompetenz der Tagsatzung entzogenen Gegenständen (§. 5) zu rechnen gewesen wären. Aber auch von diesem Standpunkt aus angesehen, gingen jedenfalls diejenigen Kantone zu weit, welche der Tagsatzung jedes Befugniß bestritten, „über gegenseitige Verpflichtungen, welche die Kantone vertragsweise eingegangen sind, irgend eine verbindliche Schlußnahme zu fassen", denn gewiß kam der Tagsatzung mindestens die Bestimmung der Tragweite ihrer im Jahre 1818 den *älteren* Konkordaten ertheilten Bestätigung zu. Ueberdieß beruhte die ganze Gestaltung der Konkordate auf einem Herkommen, das sich neben und ohne den Bundesvertrag gebildet und erhalten hatte, und da Kraft dieses Herkommens wenigstens so viel feststand, daß Konkordate im Schooße der Tagsatzung behandelt und abgeschlossen werden, so war es vielmehr ein durchaus gerechtfertigter Anspruch, daß *die Tagsatzung* erkläre, von welcher rechtlichen Natur überhaupt diese eigenthümliche Art ihrer Beschlüsse sei — die früheren sowohl, wie die noch zu erlassenden. Doppelt Unrecht aber hatten Diejenigen, welche nicht nur die Inkompetenz der Tagsatzung sondern auch die Unverbindlichkeit ihres Beschlusses für die nicht zustimmenden Kantone behaupteten, indem sie diesem selbst lediglich die Bedeutung eines Konkordats zugestanden:[1]) ist es nicht eine in jedem Föderativstaat unabweisbare Forderung, daß in Streitigkeiten zwischen Bundeskompetenz und Kantonalsouveränetät der letzte Richter der Bund, und sein daheriger Ausspruch für die widersprechenden Kantone verbindlich sein muß? — So hat auch die Praxis jenen Ein-

[1]) So *Snell* a. a. O. S. XLIII. — Auch die „Bestimmung" vom 11. Juli 1820, welche, in Erweiterung des § 3 des Bundesvertrages, den Fortbestand der eidgenössischen Grenzzollanstalten auf so lange anordnete, bis der Betrag von vier (statt zwei) Geldkontingenten in der eidgenössischen Kriegskasse angesammelt sein werde, wurde von vier Kantonen (Waadt, Wallis, Graubünden und Basel) nur als „Konkordat" anerkannt, und diese letztere Anschauungsweise wurde später auch von der Tagsatzung selbst angenommen (Uebereinkunft von 1840, vergl. *Vogt*, a. a. O. S. 63).

Digitized by Google

spruch gewerthet. Die Mehrheit der achtzehn Kantone z. B., welche in dem angeführten Konkordat über gegenseitige Auslieferung der Ausreißer von besoldeten Kantonstruppen standen, bewilligte am 5. September 1836 fünfen und einem halben Stand den Austritt aus dem Konkordat (Abschied von 1836, S. 166), und als so viele Kantone von demselben zurückgetreten waren, daß nur noch eine Minderheit eidgenössischer Stände daran festhielt, wurde in der offiziellen Sammlung der das eidgenössische Staatsrecht betreffenden Aktenstücke (Bd. III, S. 75) erklärt, dasselbe habe aufgehört als eidgenössisches Konkordat zu bestehen. Das Konkordat wegen Regulirung des Verfahrens gegen unruhige Flüchtlinge vom 26. August 1836 fiel im Jahre 1836 aus dem Abschied, weil nicht eine Mehrheit eidgenössischer Stände demselben beigetreten war, erwuchs also auch unter den Beigetretenen nicht in Kraft u. s. w.

Noch ein zur Vervollständigung dieser Charakteristik der Konkordate gehörender Punkt, durch welchen sich dieselben sehr wesentlich von Staatsverträgen unterscheiden und sich als Beschlüsse kennzeichnen, stand 1836 so fest in Aller Meinung, daß man gar nicht daran dachte, ihn in der Form eines Tagsatzungsbeschlusses auszusprechen. Dieß ist der Grundsatz, daß den Anfangs einem Konkordat nicht beigetretenen Ständen jederzeit der Zutritt offen steht und durch eine einfache Anzeige an die Bundesbehörde vollzogen werden kann. Nach jenen völkerrechtlichen Begriffen, aus denen man das Wesen der Konkordate zu erklären versucht hat, müßte von jedem der konkordirenden Stände die Zustimmung zur Annahme eines neu beitretenden Kantons eingeholt werden; dieß ist aber keineswegs der Fall, sondern der Beitritt wird gleich angesehen, wie wenn es sich um die nachträgliche Zustimmung zu einem Tagsatzungsbeschlusse von Seite solcher Kantone handelte, welche denselben ad referendum oder ad ratificandum genommen, oder sich das Protokoll offen behalten haben. Was in der Mediationsperiode noch schwebend und unsicher, das ist so in der Zeit des Bundesvertrags von 1815 zur Wahrheit geworden: daß nämlich die eidgenössischen Konkordate unvollkommene Bundesbeschlüsse, die Zwillings-

Digitized by Google

schwestern der eigentlichen Tagsatzungsbeschlüsse, das Mittel zur Weiterbildung der Bundesinstitutionen innerhalb der Schranken des von dem Staatenbunde unzertrennlichen Vertragsprinzips, die gesetzgeberischen Produkte der dem Bunde nicht feindseligen, sondern an seiner innern Kräftigung arbeitenden *) Sonderbünde unter Kantonen seien.

## II.

Bundesverfassung von 1848.

Was ist aus diesem, in seiner buntscheckigen Gestaltung so sehr an die Bundeseinrichtungen vor 1798 erinnernden Quellenstoff der eidgenössischen Konkordate unter dem heutigen Bundesrecht geworden? — Blumer hat in seinem Handbuch des schweizerischen Bundesstaatsrechtes, Bd. II, S. 115 ff., diese Frage nicht so einläßlich beleuchtet, als sie es nach unserer Ansicht verdient. Deßhalb erlauben wir uns, auf dem bis dahin entwickelten Standpunkt fußend, eine neue Erörterung der Sache.

Es besteht kein Grund, an der fortdauernden Gültigkeit des Tagsatzungsbeschlusses vom 25. Juli 1836 zu zweifeln — man müßte denn die Rigurosität so weit treiben wollen, jene bereits vor 1848 beseitigte Einrede der Inkompetenz der Tagsatzung wieder aufzufrischen. Soviel versteht sich dabei indessen von selbst, daß an die Stelle der Tagsatzung, welche nach dem Beschluß in zweiter Instanz über die Gestattung des Austritts aus einem eidgenössischen Konkordat zu entscheiden hat, heutzutage die Bundesversammlung getreten ist, — daß am Platze des eidgenössischen Schiedgerichtes nunmehr das Bundesgericht

*) Man beachte, daß das Sonderbündniß der sieben katholischen Stände zwar auch die Entschuldigung für sich in Anspruch nahm, daß es nur die vollständigere Erreichung eines im Bundesvertrage selbst sanktionirten Zweckes — Sicherung eines jeden Kantons gegen äußere Angriffe — beabsichtige, daß man ihm aber seine Entschuldigung nicht gelten ließ, weil die Voranstellung dieses Zweckes die Behauptung in sich schloß, daß der Bund diese seine Aufgabe nicht erfüllen könne oder wolle, die sieben Stände also durch ihre eigene Vertheidigungsorganisation den Bund aus der verfassungsgemäß ihm zukommenden Stellung entsetzten.



Digitized by Google

über Entschädigungsfragen zu erkennen haben wird, welche in Folge des Austritts eines Kantons aus einem eidgenössischen Konkordat entstehen können, — daß dagegen, wenn es sich um ein Partikularkonkordat, oder, wie man, um nicht Irrthümer zu veranlassen, sich ausdrücken sollte, um einen Staatsvertrag unter Kantonen und den Rücktritt aus einem solchen handelt, Bundesrath und Bundesversammlung, als die heutzutage zur Beurtheilung staatsrechtlicher Streitigkeiten unter Kantonen berufenen Behörden, die im Tagsatzungsbeschluß dem eidgenössischen Schiedsgericht angewiesenen Funktionen auszuüben haben [1]). — Aber Thatsache ist es, daß die jetzigen Bundesbehörden, ob absichtlich oder aus Versehen, wissen wir nicht, den Tagsatzungsbeschluß von 1836 nicht immer genau beobachten; so hat St. Gallen im Jahr 1853 seinen Rücktritt von dem Konkordate über Eheeinsegnungen und Kopulationsscheine lediglich der Bundesbehörde angezeigt, ohne daß darüber, ob ihm der Rücktritt zu bewilligen sei, eine Verhandlung unter den Konkordatsständen stattgefunden hat (vergl. amtliche Sammlung der Bundesgesetze u. s. w. VII, S. 90) [2]).

---

[1]) Ebenso Blumer, a. a. O. S. 117. — Auch in dem Vortrag des eidg. Kanzlers an den Bundesrath vom 11. Mai 1857, den wir gefälliger Mittheilung des Hrn. Dr. Schieß verdanken, wird der Tagsatzungsbeschluß von 1836, in Uebereinstimmung mit der Ansicht des verstorbenen Bundesrathes Furrer, als noch in Kraft bestehend angeführt. Aus dem gleichen Grunde hat ihn S. Kaiser in seine Sammlung, Bd. IV, S. 5, aufgenommen.

[2]) Weßhalb wir den Art. 10 des Konkordats über gegenseitige Zulassung der evangelisch-reformirten Geistlichen zum Kirchendienst vom 19. Februar 1862 („Jedem konkordirenden Kanton ist, jedoch erst nach dreijährigem Bestand des Konkordats, auf einjährige Kündigung hin der Rücktritt freigegeben") nicht als eine Verletzung des Tagsatzungsbeschlusses von 1836 anführen, ergeben theils die folgenden Erörterungen im Text, theils liegt es wohl auch nicht im Sinne des Beschlusses, wenn man ihn so auffaßt, als hätten in den nach Erlassung desselben zu Stande kommenden Konkordaten nicht andere, insbesondere leichtere Bedingungen des Rücktritts stipulirt werden dürfen. — Auf dem Boden der Grundsätze von 1836 bewegt sich der Art. 3 des Konkordats über die Form der Heimathscheine vom 28. Januar 1854 („wenn die Mehrheit der h. Stände dem Konkor-

Digitized by Google

Aber wenn wir für die bis 1848 geschlossenen Konkordate die Gültigkeit des Tagsatzungsbeschlusses aufrecht erhalten, so sind wir ebenso entschieden der Ansicht, daß er nicht auf die seither zu Stande gekommenen „Konkordate" Anwendung finden kann, oder, um sofort den Grund hiefür anzufügen, daß eidgenössische Konkordate in der frühern Bedeutung des Wortes unter der jetzigen Bundesverfassung nicht mehr vorkommen können. Wir haben absichtlich bei der geschichtlichen Entwicklung so lange verweilt, um nachzuweisen, daß das bloße Einverständniß unter Kantonen, wie es zum Abschluß eines gewöhnlichen Staatsvertrages genügt, zu einem eidgenössischen Konkordat nicht hinreicht, daß vielmehr die Berathung in der Tagsatzung und die Beschlußfassung mit Stimmenmehrheit im Schooße derselben [1]) ein wesentliches Kriterium eines eidgenössischen Konkordates und gerade dasjenige Element ist, durch welches es von einem Staatsvertrag unter Kantonen sich unterscheidet. Die ganze Einrichtung steht in unzertrennlichem Zusammenhang mit einer Organisation des Bundes, in welcher die Kantone als solche die oberste Bundesbehörde bilden und das Mehr nach Standesstimmen abgenommen wird — mögen auch, wie in der Mediationsperiode, diese Standesstimmen ungleich zählen. Wie kann ein Akt von gleicher staatsrechtlicher Natur zu Stande kommen in einer Bundesversammlung, vor welcher die Kantone durchaus kein anderes Recht als das der Antragstellung besitzen, in welcher auch der Ständerath so organisirt ist, daß in demselben immer nur das einzelne Mitglied, nie der Kanton als solcher eine Stimme abgibt? Allerdings kann es noch heutzutage vorkommen, und geschieht häufig

---

date beigetreten ist, wird der Bundesrath dasselbe publiziren, und von diesem Zeitpunkte an tritt es in Kraft").

[1]) Sehr richtig machten 1835 die Opponenten gegen Bern's Antrag (s. oben S. 212 Anm. 2) geltend, daß die Behandlung der Konkordate in Separatkonferenzen der Kantone ein Moment der Auflösung des Bundes sein würde. Vereinbar mit dem Bunde war diese sonderbündische Fortbildung des Bundesrechts nur so lange, als sie an den Tagsatzungen mit den gemeineidgenössischen Verhandlungen in Ein Ganzes verschmolz.

Digitized by Google

genug, daß Kantone, von sich aus oder auf Veranlassung des Bundesrathes oder der Bundesversammlung, zu Konferenzen zusammentreten und an diesen sich über Verkommnisse einigen; ebenso gelangen, da die Bundesverfassung (Art. 7) das Recht der Mediationsperiode erneuert und die Vorlage sämmtlicher kantonaler Verträge zur Genehmigung durch den Bund (Art. 74 Z. 5; 90 Z. 7) gefordert hat, alle solche Verkommnisse an die Bundesbehörden, ja es ist Regel geworden, daß ein Mitglied des Bundesrathes die Verhandlungen der Konferenz leitet und durch sein Departement zum Zustandekommen der Uebereinkunft mitwirkt. Aber weit schwerer wiegt der Umstand, daß solche Konferenzen heutzutage nothwendig außerhalb der Bundesversammlung stehen; diese selbst kann nicht über irgend einen Gegenstand beschließen, zu dessen Erledigung sie sich nicht die Kompetenz beimißt, ist aber Letzteres der Fall, so binden ihre Beschlüsse alle Kantone, selbst wenn sie in ihrer Mehrheit als Kantone eine gegentheilige Meinung — denn eine Stimme haben sie nicht — geäußert hätten. Legt sich umgekehrt die Bundesversammlung die Kompetenz nicht bei, ladet sie die Kantone ein, auf dem Konkordatswege vorzugehen, so muß sie sich jeder Beschlußfassung enthalten und kann bloß Wünsche an die Kantone richten. Wo jetzt der Bund mithandelt, da steht er als eine eigene Existenz den Kantonen gegenüber; jene frühere Grundanschauung, nach welcher der Bund nichts Mehreres war als eine aus und in den Kantonen bestehende Vereinigung, und nicht ein unmittelbar im politischen Bewußtsein des ganzen Schweizervolkes wurzelnder Organismus, ist zu Grabe getragen. Was jetzt Kantone einzeln oder vereinigt beschließen, kann ein Bundesbeschluß nicht sein — weder ein vollkommener, noch ein unvollkommener.

Es ist daher kein Zufall, wenn die Bundesverfassung im Art. 6 der Uebergangsbestimmungen, wo sie von den Rechtsquellen der vorhergegangenen Periode handelt, die eidgenössischen Konkordate nennt, im Art. 7 dagegen, wo sie das Recht der Kantone in Bezug auf Abschließung von Bündnissen und Verträgen unter einander normirt, diesen Ausdruck nicht ge-

Digitized by Google

braucht. Nicht auf einer Ausscheidung der Materien, nur in der Form beruhte die Unterscheidung der eidgenössischen Konkordate und der kantonalen Staatsverträge; auch das macht den Unterschied nicht aus, daß das Konkordat unter einer Mehrheit von Ständen besteht, denn es konnten auch unter der Mediationsakte und unter dem Bundesvertrag von 1815 Verträge unter Kantonen geschlossen werden, die, obwohl eine Mehrheit von Ständen in sich vereinigend, darum doch noch nicht eidgenössische Konkordate waren. Jene verschiedene Form des Zustandekommens der Konkordate aber war unter den neuen Bundesinstitutionen nicht mehr herzustellen. Ein Konkordat kommt jetzt nur auf wesentlich gleichem Wege zu Stande, wie ein Staatsvertrag unter Kantonen, wie denn auch schon zu solchen Verträgen, die nie ein gemeineidgenössisches Konkordat werden konnten, so z. B. zu den Verträgen unter den an den Alpenstraßen betheiligten Kantonen, der Bund die Initiative ergriffen hat. Nennen wir alle Staatsverträge unter Kantonen, die unter der Bundesverfassung von 1848 abgeschlossen sind, „Konkordate", so ist das eine verwirrende Bezeichnung, welche unter einem technischen Namen auch solche Dinge begreift, denen er seinem ursprünglichen Sinne nach nicht zukommt. Passender wäre es, nur die Benennung „Staatsverträge unter Kantonen" zu gebrauchen, aber in jedem Falle, und wie man's immer mit dem Namen halten mag, sei man sich bewußt, daß, wenn es sich um Verkommnisse handelt, die später als 1848 datiren, man nur solche Staatsverträge, niemals eidgenössische Konkordate im Sinne der Periode vor 1848, vor sich hat [1]).

---

[1]) Es ist gewiß eine unrichtige und gänzlich unhistorische Ansicht, wenn Snell a. a. O. die eidgenössischen Konkordate nicht als Bestandtheil der Quellen des Bundesrechts gelten lassen will, aber ebensowenig läßt es sich billigen, wenn seit 1848 gewisse Staatsverträge, die manchmal noch obendrein nur unter einer geringen Anzahl von Kantonen bestehen, wie z. B. diejenigen über Gewähr der Viehhauptmängel und über Viehseuchen vom 15. August 1852, und derjenige über gegenseitige Zulassung der evangelischen Geistlichen vom 19. Februar 1862, als „Konkordat" vom

Digitized by Google

Will man für das heutige Bundesrecht, in anderem Sinne als vor 1848, einen Unterschied zwischen Staatsverträgen und Konkordaten unter Kantonen statuiren, so behalte man den Ausdruck „Konkordate" vor für Werke der Gesetzgebung, welchen man durch gemeinschaftliche Berathung und Verständigung einen größeren Umfang der Geltung verschaffen will. In diesem Sinne wäre der Entwurf einer schweizerischen Wechselordnung, obschon er nur in einer kleinen Anzahl von Kantonen Gesetzeskraft erhalten hat, ein Konkordat zu nennen. Es besteht in Folge desselben unter den Kantonen, welche die Wechselordnung eingeführt haben, in keiner Hinsicht ein vertragsmäßiges Band von gegenseitigen oder einseitigen Verbindlichkeiten; für jeden dieser Kantone ist das Konkordat nichts mehr als ein Bestandtheil seiner inneren Gesetzgebung, den er jederzeit, ohne Anfrage oder Anzeige an die übrigen im Konkordat stehenden Kantone, beliebig umgestalten kann. Solche Vereinbarungen sind gar keine eigentlichen Staatsverträge; der Art. 7 der Bundesverfassung leidet auf dieselben keine Anwendung, zu ihrer Vorbereitung bedarf es einer Ermächtigung des Bundes so wenig als zu Unterhandlungen über Staatsverträge unter Kantonen, ihren Abschluß aber finden sie nicht durch eine Uebereinkunft, sondern durch einen von der Bundesgewalt unabhängigen gesetzgeberischen Akt eines jeden Kantons. Eine besondere technische Bezeichnung wäre für diese Form der Vereinbarung um so eher am Orte, als dieselbe nicht nur bei uns und in Deutschland mehr und mehr in Aufnahme kommt, sondern auch vielfache Anregungen vorliegen, um auf diese Weise unter allen Staaten der Erde die Annahme gleichmäßiger Grund-

---

Bundesrathe promulgirt und in die eidgenössische Gesetzessammlung aufgenommen werden. (Amtliche Sammlung Bd. V, S. 494 und 564; Bd. VII, S. 174.) Dafür, daß alsdann nicht auch andere solcher Verträge, z. B. derjenige über das Priesterseminar der zum Bisthum Basel gehörenden Kantone, oder die Uebereinkunft der Gotthardtkantone ebenso behandelt werden, gibt es keinen stichhaltigen Grund: aber das Richtige wäre, nicht diese mit jenen, sondern jene mit diesen gleichzustellen.

Digitized by Google

sätze in Bezug auf gewisse allgemeine Interessen, wie z. B. betreffend die Maß- und Gewichtsordnung, zu erzielen.

Man entgegne uns nicht: was liegt daran, ob man's so genau nehme oder nicht. Allerdings stehen hier auch ernsthafte praktische Folgen auf dem Spiele. Ein eidgenössisches Konkordat wird, mit Beziehung auf seine Handhabung, in gleichen Range mit den in der Bundesverfassung ausgesprochenen Gewährleistungen politischer und bürgerlicher Rechte gesetzt, — natürlich nur für die konkordirenden Kantone. Jeder Bürger, an dem, sei es in einem Civilrechtsstreit, sei es in einem vor den administrativen Behörden eingeleiteten Verfahren, die Vorschrift eines eidgenössischen Konkordats verletzt wird, kann sich, ohne daß der Kanton sich seines Anspruchs anzunehmen braucht, direkt mit einer Beschwerde an die Bundesbehörden wenden und von ihnen Schutz in seinem Recht verlangen. Das ist die durch die Praxis und präjudicielle Entscheide bestätigte Auslegung der Art. 90 Z. 2 und 74 Z. 8 und 15 der Bundesverfassung. — Verhält sich dieß mit solchen Staatsverträgen unter Kantonen, die zu keiner Zeit für eine Quelle des Bundesrechts angesehen worden sind, ebenso? Kann z. B. ein Schriftsteller, der von einem kantonalen Gericht mit seiner Klage gegen einen angeblichen Nachdrucker abgewiesen worden ist, die Sache durch eine Beschwerde vor die Bundesbehörden ziehen? — Es sind uns keine dahin gehörenden Präjudicien bekannt, und bei dem Uebergewicht, welches in unseren dermaligen Bundesinstitutionen politische Betrachtungen auf die Beurtheilung von Kompetenzfragen ausüben, wäre es immerhin möglich, daß es der Bundesversammlung einfiele, solche Fragen zu bejahen — aber in der Bundesverfassung finden wir Nichts, was ihr dazu ein Recht einräumte. Nur den Kantonen, nicht den einzelnen Bürgern, gibt der Art. 7 das Recht, zur Vollziehung von Staatsverträgen, welche die eidgenössische Prüfung bestanden haben, die Mitwirkung der Bundesbehörden anzusprechen, während umgekehrt im Art. 10 Z. 2 nur von eidgenössischen Konkordaten die Rede ist, von Staatsverträgen dagegen, obwohl sie im nämlichen Artikel in einer anderen Beziehung zur Sprache

Digitized by Google

kommen (90 Z. 7), nichts erwähnt wird. Es liegt auch in der Natur der Sache, daß der Bund sich nicht zum Richter aufwerfe über Verträge, welche in's kantonale Staatsrecht gehören, weil sie in ihrem wesentlichen Inhalt sich auf einem an sich der Wirksamkeit des Bundes entzogenen Gebiet bewegen, und in Bezug auf welche die Genehmigung des Bundes einen viel beschränkteren Sinn hat, als etwa die Garantie der Kantonalverfassungen (Art. 5; 6; 74 Z. 5, 7 und 8; 90 Z. 2, 3 und 7 der Bundesverfassung). Nicht nur halten wir daher individuelle Rekurse wegen unrichtiger Anwendung der Vorschriften von kantonalen Staatsverträgen für bundesrechtlich unzulässig, sondern wir weisen auch dann, wenn einer der im Vertrag stehenden Kantone selbst eine Beschwerde dieser Art anbringt, der Bundesbehörde einen anderen Standpunkt an, als sie sonst bei Beurtheilung von Beschwerden wegen Nichteinhaltung von Vorschriften der Bundesverfassung und eidgenössischer Konkordate einzunehmen hat. Sie ist in einem solchen Falle nicht obere Instanz mit dem Recht vollständig freier Prüfung der Streitfrage, sondern sie hat, so oft sie die bloß völkerrechtlichen Beziehungen der Kantone unter sich erörtert, dieses Recht als den Kantonen gehörend anzusehen, soll also jedem, wie es souveränen Staaten zukommt, die Befugniß eigener Auslegung des Vertrages wahren und nur dann einschreiten, wenn nicht eine Auslegung in guten Treuen, sondern eine offene oder versteckte Weigerung der Anerkennung des Vertrages als einer zu Recht bestehenden, verbindlichen Entscheidungsnorm vorliegt. Es ist also nicht unnütze Spitzfindelei, wenn wir die eidgenössischen Konkordate im wahren geschichtlichen Sinne des Wortes zu definiren suchen. Nicht den Kantonen, nicht dem Bunde steht es seit 1848 mehr zu, durch mißbräuchliche Anwendung des Namens jene ganz anomale und mit einer festen Ordnung des Bundesorganismus nicht vereinbarte Quelle bundesrechtlicher Vorschriften neuerdings zu eröffnen: es ist dem Bunde zu Allem, was für den heutigen schweizerischen Bundesstaat Bedürfniß sein mag, ausreichende Kompetenz und ein bestimmter Weg angewiesen, von dem er nicht abirren und nicht in die Noth- und Nebenwege

Digitized by Google

zurückfallen soll, auf welche unter den früheren mangelhaften Verfassungen der Bund getrieben worden war.

Zum Schlusse möge hier noch eine Frage von sekundärer Bedeutung ihren Platz finden. Was soll das zweite Lemma des Art. 6 der Uebergangsbestimmungen zur Bundesverfassung, lautend: „Dagegen verlieren diejenigen Konkordate ihre Gültigkeit, „deren Inhalt als Gegenstand der Bundesgesetzgebung „erklärt wurde, und zwar von der Zeit an, in welcher die letz„tere in's Leben tritt" — ? — Als Beispiel eines solchen Konkordats mag dasjenige vom 30. Juli 1847 über das Heimathlosenwesen gelten (vergl. Art. 56 B. V.; Bundesbeschluß vom 21. Dezember 1849). — Bundesrath Furrer schloß aus jenem Lemma, daß Konkordate, deren Inhalt Gegenstand einer Vorschrift der Bundesverfassung sei, fort in Kraft bestünden, insoweit sie dieser letzteren nicht widersprechen. So wollte er z. B., entgegen der Meinung des Kanzlers Schieß, das Konkordat A betreffend das Forum des zu belangenden Schuldners vom 15. Juni 1804, bestätigt 8. Juli 1818, in die Sammlung der noch in Kraft stehenden Tagsatzungsbeschlüsse und Konkordate aufnehmen, obwohl Alles, was darin verfügt ist, sich auch im Art. 50 B. V. ausgesprochen findet. Erheblicher ist, sofern man Furrer's Ansicht beitritt, die Differenz, daß das Konkordat B vom 1. Juni 1804, bestätigt 8. Juli 1818, allen Schweizerbürgern die Gleichstellung in gerichtlichen Betreibungen gewährleistete, während Art. 48 B. V. diese Gleichstellung nur den Schweizerbürgern christlicher Konfession zu Theil werden läßt. — Ersteres scheint uns eine juristische Spielerei; die im Konkordat A enthaltene Vorschrift hat nie aufgehört zu gelten, denn der Art. 50 hat es seinem ganzen Umfang nach ersetzt; versteht es sich da nicht ganz von selbst, daß man als Quelle des heutigen Rechts die jüngere Rechtsquelle, die einer Verstärkung nicht bedarf, annehme? — Im zweiten Punkt dagegen theilen wir Furrer's Ansicht; ein Widerspruch zwischen dem Konkordat B und dem Art. 48 B. V. ist nicht vorhanden, und wenn es nicht ausgeschlossen ist, daß Kantonsverfassungen in Bezug auf politische Rechte der Bürger die Ga-

Digitized by Google

rantien der Bundesverfassung erweitern, warum sollte es nicht ebenso zulässig sein, daß ein Konkordat unter Kantonen weiter gehe als die Bundesverfassung? — Jenes zweite Lemma des Art. 6 verdankt unseres Erachtens seinen Ursprung der Erwägung, daß sowohl Tagsatzungsbeschlüsse als Konkordate ohne Anderes weichen mußten, insoweit die Bundesverfassung selbst sie entweder vollständig ersetzte oder aber ihnen widerstritt, daß ebenso unzweifelhaft feststand, man könne Tagsatzungsbeschlüsse auch durch Bundesgesetze abändern, daß dagegen Bedenken entstehen mochten, ob ein bloßes Bundesgesetz Konkordate, diesen Zwitter, der bald wie ein Beschluß, bald wie ein Vertrag sich ansah, entkräften könne; man bejahte diese letztere Frage in dem Sinne, daß nur solche Konkordate, deren Gegenstand materiell genommen in die Kompetenz des Bundes und seiner Gesetzgebung einschlägt, durch Bundesgesetze, alle übrigen noch in Kraft fortdauernden Konkordate aber nur auf dem gewöhnlichen Wege, d. h. unter den durch den Tagsatzungsbeschluß von 1836 vorgezeichneten Bedingungen, abgeändert werden dürfen. Dieß der Grund, weßhalb im ersten Lemma des Art. 6 nur von den in Kraft bleibenden älteren Konklusa die Rede ist, während das zweite Lemma von den außer Kraft tretenden nur die durch Bundesgesetze zu ändernden Konkordate einer besonderen Erwähnung und Verfügung bedürfend erachtet.

Einen einfachen Gedanken in seine Konsequenzen zu verfolgen, ist eine leichte Aufgabe, verglichen mit der Schwierigkeit, in der Analyse eines Verhältnisses das richtige Maß zu halten, wenn zwei an sich widersprechende Grundbegriffe, — wie hier Beschluß und Vertrag — darin thatsächlich mit einander verschmolzen sind. Eine einseitige Hervorhebung des einen Moments führt hier nothwendig zu schiefer Auffassung des positiv Gegebenen. Deßhalb in dieser Lehre von den Konkordaten das Schwanken der Ansichten, die Unsicherheit in der Benennung und Behandlung, zugleich aber auch die Fruchtlosigkeit der Keulenschläge, welche die Logik der Theoretiker gegen die traditionellen Anschauungen vom Wesen der Konkordate führte. Nach Allem, was bisher darüber ausgeführt wurde, muß aus-

Digitized by Google

gegangen werden von dem Beschlusses-Charakter der eidgenössischen Konkordate, und kommt dem Vertragsprinzip nur die Bedeutung zu, daß es, um eine rechtliche Verbindlichkeit zu bewirken, zur Hülfe gerufen wird, weil und insoweit das Grundgesetz des Bundes die volle Geltendmachung des Beschlussescharakters nicht gestattete. Von dieser Grundanschauung aus sind auch wir von einer Ansicht zurückgekommen, welche wir früher dem Entwurfe zu einem Bundesgesetz über die Niederlassungsverhältnisse gegenüber vertreten haben, und welche, wenn wir ihn richtig verstehen, auch Professor Rüttimann theilte (Bundesblatt 1863, I, S. 162 Nr. 6). Auch uns erschien es damals als „exorbitant", daß der Bund, wie es dieser Gesetzesentwurf beabsichtigte, eine ganze Reihe eidgenössischer Konkordate einfach aufhebe, und gewiß war dieser Einwand vollständig begründet, so bald man in eidgenössischen Konkordaten nichts Anderes erkennt, als Staatsverträge unter Kantonen. Sind sie dagegen, wie im Vorstehenden nachgewiesen wurde, unvollkommene Beschlüsse, warum sollte dann ihnen gegenüber die Bundesgesetzgebung weniger Macht haben, als gegenüber vollkommenen, d. h. Tagsatzungsbeschlüssen? — Den Worten des Art. 6 der Uebergangsbestimmungen zur Bundesverfassung „Konkordate, deren Inhalt als Gegenstand der Bundesgesetzgebung erklärt wurde", geben wir nicht die enge Auslegung, daß in der Bundesverfassung ausdrücklich erklärt sein müsse, dieser oder jener bis dahin durch ein Konkordat geregelte Gegenstand falle nunmehr in den Bereich der Bundesgesetzgebung, sondern wir legen uns erst, ohne Rücksicht auf vorhandene Konkordate, die Frage vor, ob der Gegenstand an sich, nach Mitgabe der Bundesverfassung, in die gesetzgeberische Kompetenz des Bundes gehöre, und wenn ja, so räumen wir dem Bunde unbedingt die Befugniß ein, ein allfällig in Kraft bestehendes eidgenössisches Konkordat aus eigener Machtvollkommenheit und ohne Anfrage an die konkordirenden Stände zu beseitigen oder abzuändern. Darüber also mag man streiten, ob seinem materiellen Gehalte nach jener Gesetzesentwurf sich innert der dem Bunde angewiesenen Schranken gehalten habe, — und wir unsererseits erklären uns

Digitized by Google

unverhohlen für die Verneinung dieser Frage — aber gesetzt, die Kompetenzfrage müßte zu Gunsten des Bundes beantwortet werden, so könnte das Bedenken, daß er, um diese Kompetenz geltend zu machen, bestehende eidgenössische Konkordate aufheben müsse, nicht mehr in Betracht kommen.

---

## Das eheliche Güterrecht nach der aargauischen Gesetzgebung.

Von P. W.

### I.

Der Hauptgrundsatz des ehelichen Güterrechts findet sich in folgendem Satze ausgesprochen: „Das Vermögen, welches die „Frau bei ihrer Verehelichung dem Manne zubringt und welches „ihr während der Ehe zufällt, wird Eigenthum des Ehemannes, „für dessen Stammbetrag er der Frau zu haften hat.“ [1]) Hiemit ist deutlich bestimmt, daß mit dem Beginn der Ehe jedes Verfügungsrecht der Frau über ihr Vermögen aufhört, daß vielmehr der Mann ausschließlicher Eigenthümer dieses gesammten Frauengutes wird. Dieses Rechtsverhältniß steht mit der weitern Bestimmung im Zusammenhang, daß der Mann als Haupt der Familie verpflichtet ist, der Frau nicht bloß Schutz, sondern auch einen seinem Stand und seinem Vermögen entsprechenden Unterhalt zu geben. Die Frau besitzt eben mit Eingehung der Ehe kein eigenes Vermögen mehr; daher ist es Pflicht des Ehemannes, an welchen dieses Eigenthum übergegangen ist, für den Unterhalt nach Mitgabe seines Vermögens zu sorgen.

Aus dieser Grundbestimmung geht hervor, daß hier weder das System der Güterverbindung, noch dasjenige der Gütergemeinschaft maßgebend ist. Wir haben nicht zwei innerlich verschiedene und nur äußerlich durch die Nutznießung und Verwaltung des Mannes geeinigte Güter; es gehört vielmehr

---

[1]) § 53 des bürgerlichen Gesetzbuches.

Digitized by Google

sämmtliches Gut zu dem einen und ausschließlichen Eigenthum des Mannes, so daß zwischen dem Vermögen des Letztern und dem Frauengut auch kein innerlicher Unterschied mehr bemerkbar ist. Eben so wenig ist aber eine eheliche Gütergemeinschaft vorhanden. Allerdings ist das Vermögen zu einem Gemeingut vereinigt; an diesem Gemeingut sind aber eben nicht die beiden Ehegatten eigenthumsberechtigt; dieselben haben weder ein Miteigenthum zu ideellen Theilen, noch viel weniger wird der Ehe als juristischer Person das Alleineigenthum zugeschrieben; auch von einem Gesammteigenthum kann nicht gesprochen werden. Es ist nur das Alleineigenthum des Mannes begründet.

Dieses Alleineigenthum des Mannes darf freilich auch nicht mit dem Eigenthum an der dos im römischen Sinn verwechselt werden. Der Ehemann hat nicht bloß Eigenthum an dem ihm bei Eingehung der Ehe als dos übergebenen Frauengut, an der Mitgift. Vielmehr kommt alles Vermögen der Frau, welches dieselbe sowohl bei Eingehung der Ehe hat, wie auch alles dasjenige, welches sie erst während der Dauer der Ehe durch Erbfolge oder anderweitig erwirbt, ipso jure in das Eigenthum des Mannes, ohne daß eine Uebergabe an denselben durch den Vater oder die Verwandten der Ehefrau irgendwie nothwendig wäre. Es ist also das römische Dotalsystem auch in unserer Gesetzgebung durch deutschrechtliche Begriffe insoweit modifizirt, daß wir eine Schöpfung des modernen Rechts vor uns haben, welche sich nicht direkt unter eine der aufgestellten wissenschaftlichen Theorien subsumiren läßt.

Dieses ausschließliche Eigenthumsrecht des Mannes am Frauengut erleidet nun freilich dadurch praktisch eine Beschränkung, daß der Mann für den Stammbetrag dieses Vermögens haftbar erklärt wird. Diese Beschränkung ist aber nicht eine theilweise Aufhebung des Eigenthums, nicht eine Schmälerung des dinglichen Rechtes. Es wird vielmehr der Frau nur ein obligatorisches Recht geschaffen, welches sie berechtigt, vom Manne die Erhaltung des Stammbetrages ihres Vermögens zu verlangen.

Digitized by Google

Aus der Natur dieser Berechtigung der Frau als einer bloß obligatorischen, im Gegensatz zum dinglichen Eigenthumsrecht des Mannes ergibt sich die Folgerung, daß der Mann in der freiesten Verfügung über das Vermögen der Frau nicht gehindert ist. Er kann das ihm zugebrachte Vermögen der Frau auf alle Weise verändern, die zugebrachten Liegenschaften verkaufen, die Kapitalbriefe aufkünden und einziehen, die Gelder der Frau in sein Geschäft verwenden, aus denselben Erwerbungen machen, welche nun ausschließliches Eigenthum des Mannes sind, da keinerlei successio rei in pretium angenommen werden darf.

Daß alle zugebrachte Fahrhabe nicht bloß benutzt, sondern auch verbraucht werden darf, versteht sich von selbst. Der Ehemann ist nicht pflichtig, neue Fahrhabe anzuschaffen, welche nun als Eigenthum der Frau an den Platz der verbrauchten treten würde. Die neu angeschaffte ist lediglich Eigenthum des Mannes, während allerdings deren freie Benutzung auch der Frau zusteht.

Ausgenommen bleiben nur nach ausdrücklicher Gesetzesbestimmung die Kleider und Zierrathen der Frau, sowie die für den persönlichen Gebrauch derselben bestimmten Beweglichkeiten; [1]) diese sind der Verfügungsgewalt und dem Eigenthum des Mannes entzogen, und die Frau ist ausschließlich berechtigt, über dieselben zu disponiren. Im Uebrigen geht die Fahrhabe ebenfalls unbedingt in das Eigenthum des Mannes über, welcher über deren Gebrauch und Verbrauch keine Rechenschaft schuldig ist.

Wenn in Betreff der Fahrhabe das Veräußerungsrecht des Ehemannes ein unbestreitbares ist, muß dasselbe auch in Bezug auf die Liegenschaften, welche von der Ehefrau zugebracht worden sind, unbedingt grundsätzlich zugegeben werden. Eine andere Frage ist freilich, ob in solchen Fällen die Ehefrau nicht berechtigt sei, Sicherstellung zu verlangen.

Das Recht, das sämmtliche Vermögen der Frau frei zu benutzen, alle Einkünfte zu beziehen und die Verwaltung des Vermögens nach freiem Belieben zu führen, liegt im Begriffe des Eigenthums, und bedürfte daher auch keiner besondern ge-

---

[1]) § 54 des B. G. B.

Digitized by Google

setzlichen Bestimmung. Diese Befugniß bedarf zur Erklärung nicht der Berufung auf die Stellung des Mannes als Haupt der Familie und Leiter des Hauswesens; sie ist einfach eine Konsequenz des Eigenthums, welches alle diese Nutzungs- und Verwaltungsrechte selbstverständlich in sich schließt.

Der Mitgenuß, welcher der Ehefrau an diesem in das Eigenthum des Mannes übergegangenen Vermögen zusteht, läßt sich nicht etwa aus dem frühern Eigenthum der Frau, als Rückwirkung desselben erklären, sondern einfach aus der Verpflichtung des Mannes, für den standesgemäßen Unterhalt der Frau zu sorgen. Es kann daher auch nicht zweifelhaft sein, daß der Ehemann berechtigt ist, von der Ehefrau ihm zugebrachte Vermögensstücke einem Dritten zur Nutznießung zu überlassen, selbst gegen den Willen der Ehefrau. Während die Gestattung eines solchen Rechtes sowohl mit dem System der Güterverbindung wie der Gütergemeinschaft im Widerspruche steht, weil dadurch das Eigenthumsrecht der Frau, sei dasselbe nun auch bloß ein ruhendes, verletzt wird, kann juristisch ein solcher Konflikt nach unserm System nicht möglich sein.

Jede Errungenschaft der Ehe wird natürlich wieder Eigenthum des Mannes. Von den Zinsen und andern Einkünften des betreffenden Kapitalvermögens versteht sich das von selbst, weil diese Früchte Eigenthum des Kapitaleigenthümers werden. Eben so selbstverständlich ist es aber auch in Betreff des Erwerbes der Frau; denn was die Frau erwirbt, wird mit dem Augenblick seiner Existenz Eigenthum des Mannes, da es eben nur der Frau später zufallendes Vermögen ist. Jeder Erwerb der Frau, er mag beschaffen sein wie immer, muß also Eigenthum des Mannes werden. Diese Natur der Errungenschaft ist übrigens im Gesetze selbst deutlich festgesetzt, indem § 904 des B. G. B. klar sagt: „Die Errungenschaft ist Eigenthum des Ehemannes." Von einer Theilung der Errungenschaft oder einem Miteigenthum der Frau an derselben ist also nicht die Rede.

Was nun die Rechte der Ehefrau am Vermögen der Ehe betrifft, so hat die Frau durchaus kein dingliches Recht; sie kann kein Eigenthum besitzen und kein getrenntes Vermögen

Digitized by Google

haben. Schon aus diesem vermögensrechtlichen Grunde ist ihre Handlungsfähigkeit eine sehr beschränkte, da dieselbe niemals mit dem Eigenthumsrechte des Mannes in Konflikt kommen darf.

Die Frau ist daher nicht berechtigt, irgend etwas von dem ihr zugebrachten Gute ohne ausdrückliche Zustimmung des Ehemannes zu veräußern, sei es Fahrhabe oder gar Liegenschaften. Im rechtlichen Sinne kann dieselbe überhaupt gar nichts veräußern, da sie eben kein Eigenthum hat, auch nicht mit Einwilligung des Mannes, denn diese Einwilligung bildet die Veräußerung selbst. Jede von der Ehefrau angeblich vorgenommene Veräußerung ist durchaus ungültig; die veräußerte Sache kann daher vom Ehemann jeder Zeit zurückgefordert werden, und zwar durch die dingliche Vindikationsklage. Wenn aber der Ehemann auch nur stillschweigend während seines Lebens die Veräußerung anerkannt hat, kann allerdings die Ehefrau nicht als berechtigt erklärt werden, nach dessen Tod die Veräußerung von sich aus als ungültig anzufechten; es wäre dieses eine Verletzung der bona fides.

Von einer Veräußerung unter den Ehegatten selbst kann eben so wenig die Rede sein, wie von einer Schenkung unter Ehegatten. Die Frau besitzt keine Vermögensobjekte, welche sie verkaufen oder verschenken könnte. Der Mann aber würde nur sich selbst etwas verkaufen oder verschenken, — eine juristisch unmögliche Annahme. Die Schenkung unter Ehegatten ist daher in unserm Gesetz nicht ausdrücklich verboten, weil sie neben dem Begriff unseres ehelichen Güterrechtes an und für sich eine Unmöglichkeit ist.

Kleinere Geschenke, bei Festen u. s. w., werden durch diesen Grundsatz begreiflicher Weise nicht ausgeschlossen, weil solche nothwendig unter den Begriff der für den persönlichen Gebrauch bestimmten Beweglichkeiten fallen. Ueber diese steht aber der Frau wie dem Manne ein unbeschränktes Verfügungsrecht zu.

Aus dem Angeführten ergibt sich, daß die Ehefrau eben so wenig befugt ist, Schulden zu kontrahiren, denn sie hat eben durchaus keine vermögensrechtliche Handlungsfähigkeit. Diese

Digitized by Google

Unmöglichkeit der Frau, Schulden zu machen, erklärt sich übrigens auch aus dem Gesichtspunkt, daß keine unter Vormundschaft stehende Frau überhaupt ohne Mitwirkung des Vormundes Schulden kontrahiren kann. Da der Mann der natürliche Vormund der Frau ist, ist begreiflicher Weise dessen Einwilligung erforderlich. Diese Einwilligung wird aber hier zur eigentlichen Begründung der Schuldverpflichtung, welche sonst gar nicht gültig und existent geworden wäre; sie ist nicht bloß die Ergänzung der ohnedieß noch mangelhaften Willenserklärung der Frau. Der Mann hat also nur diejenigen Schulden der Ehefrau anzuerkennen, welche sie in die Ehe mitgebracht oder während derselben mit seiner Einwilligung gemacht hat. Ueber die Pflicht zur Bezahlung der vorehelichen Schulden kann kein begründeter Zweifel walten, da der Ehemann nicht bloß Eigenthümer der Aktiven der Ehefrau wird, sondern sich auch die mit deren Vermögen in Verbindung stehenden Passiven gefallen lassen muß. Vorausgesetzt wird dabei natürlich immer, daß diese Schuld in gesetzlicher Weise entstanden ist.

Die während der Ehe ohne Einwilligung des Ehemannes eingegangenen Schuldverpflichtungen sind absolut ungültig, und es dürfen dieselben eben so wenig nach Auflösung der Ehe geltend gemacht werden, wie während derselben. Es könnte hier ein Zweifel in Betreff kleinerer Haushaltungsschulden entstehen, ob die Ehefrau zur Eingehung solcher nicht befugt und der Ehemann zu deren Bezahlung nicht verpflichtet sei. Man könnte nämlich einwenden, daß durch die absolute Bestreitung der Möglichkeit einer Verpflichtung der Frau manche Gläubiger in unverschuldeten Verlust kommen könnten, da die Besorgung der Haushaltung im engern Sinne doch durch die Hand der Frau gehe. Dieser Einwurf ist aber nur ein scheinbar begründeter. In Betreff aller dieser kleinen Schulden ist es nicht die Frau, welche dieselben für sich kontrahirt; es sind dieses alles Auslagen, welche für den Unterhalt der Familie nöthig sind, deren Bestreitung aber dem Manne laut Gesetz obliegt. Wenn also auch die Frau diese Einkäufe besorgt, thut sie es nur im Namen des Mannes, dessen Auftrag hier nothwendig präsumirt werden



Digitized by Google

muß. Wollte der Ehemann einer solchen Verpflichtung entgehen, so müßte derselbe offenbar vorerst durch öffentliche Bekanntmachung anzeigen, daß er seine Frau auch die Führung der täglichen Haushaltung nicht mehr besorgen lasse. Nur ein solcher Schritt könnte die rechtliche Präsumtion aufheben.

Wenn nun die Ehefrau auch durchaus kein dingliches Recht an ihrem dem Ehemann zugebrachten Frauengut hat, ist derselben allerdings ein Forderungsrecht zugesichert, indem der Mann für das Frauengut haftbar erklärt wird. Diese Haftbarkeit erstreckt sich nun freilich nicht auf das ganze Frauengut, sondern nur auf die Hälfte des Stammbetrages desselben.

Aus dieser Fassung der gesetzlichen Vorschrift selbst geht deutlich hervor, daß dieses Recht sich nicht etwa auf die einzelnen zugebrachten Vermögensstücke beziehen kann, sondern nur auf die Gesammtheit des Zugebrachten, welches in einer bebestimmten Werthsumme gefaßt wird. Für die Hälfte dieser Werthsumme, dieses Kapitalbetrages ist nun der Mann haftbar.

Das Gesetz hat nun dafür gesorgt, daß diese grundsätzlich ausgesprochene Verantwortlichkeit des Mannes nicht bloß eine illusorische sei, sondern auch in Wirklichkeit bestehe. Zur Sicherung ihrer Ansprüche wird nämlich der Frau für die Hälfte ihres eingekehrten Gutes „ein auf das gesammte Vermögen des Ehe„mannes sich erstreckendes Pfandrecht, mit dem Range einer „durch besondere Pfandschaft versicherten Forderung" zugesprochen [1]).

Es ist also der Ehefrau ein gesetzliches Generalpfandrecht auf das gesammte Vermögen des Ehemannes zugesichert. Es ist dieses das auch im gemeinen Rechte für die Dos anerkannte und fast in allen neuern Gesetzgebungen recipirte Pfandrecht. Dieses Pfandrecht tritt beim Konkurs des Ehemannes zu Tag, wo diese Hälfte Frauengut bei der Klassifikation der Ansprachen der Gläubiger in die dritte Klasse versetzt wird. Nachdem die Gerichtskosten und die Pfandforderungen gedeckt sind, muß zuerst diese Hälfte aus der Geldstagsmasse bezahlt werden, bevor die übrigen

[1]) § 55 d. B. G. B.

Digitized by Google

Gläubiger zur Befriedigung gelangen [1]). Die zweite Hälfte Frauengut folgt erst in der siebenten Klasse, nachdem sämmtliche übrige Forderungen getilgt sind [2]).

Diese generelle Sicherheit ist aber immer noch eine unbestimmte, indem der Ehemann durch leichtfertiges Haushalten auch die erste Hälfte des Frauengutes in Gefahr bringen kann. Daher hat das Gesetz auch für besondere Sicherheit gesorgt.

Wenn nämlich nach Eingehung der Ehe, resp. nach dem Erwerb neuen Vermögens durch die Ehefrau, der Mann eine Unterpfandverschreibung zu Gunsten Dritter errichten will, muß immer die Hälfte Weibergut als Vorgang verzeigt werden [3]). Diese Hälfte erhält dadurch ein hypothekarisches Pfandrecht auf die Liegenschaften des Ehemannes, welches im Grundbuch, im sog. öffentlichen Buch eingetragen wird. Dieses Pfandrecht darf nun niemals mehr aufgehoben werden, außer gegen Leistung besonderer Sicherheit [4]). Also kann auch eine allfällige Verzichtleistung der Frau auf dieses Pfandrecht nicht stattfinden. Der Gesetzgeber hat eben dafür gesorgt, daß für den Fall des ökonomischen Ruines des Mannes immer noch eine Sicherung für die Fortexistenz der Familie erhalten bleibe. Wenn es auch für die Gläubiger unter Umständen als unbillig erscheinen kann, daß sie ihre Forderungen am Manne verlieren und nun die Frau die Hälfte ihres Vermögens aus dem Geltstag rettet, muß dagegen auch berücksichtigt werden, daß der Verlust auch nur der Hälfte des zugebrachten Gutes für die Frau nicht minder hart ist und der Familie auch nicht alle Mittel abgeschnitten werden dürfen, durch den Beginn eines neuen Geschäftes sich wieder emporschwingen zu können.

Es soll aber eben auch nicht mehr als die Hälfte den übrigen Gläubigern entzogen werden; namentlich sollen die Pfandgläubiger in ihren Rechten keineswegs verletzt werden. Es kann daher das Frauengut nur insoweit aus dem Pfanderlös gedeckt

---

[1]) §§ 113—117 der Geltstagsordnung.
[2]) § 121 d. G. O.
[3]) § 55 d. B. G. B.
[4]) § 56 d. B. G. B.

Digitized by Google

werden, als dasselbe im Grundbuch wirklich als Vorgang verzeigt ist; es wird dasselbe auch nur aus dem Erlös der speziell dafür verschriebenen Pfänder bezahlt und geht andern Pfandverschreibungen jüngern Datums nicht vor, welche auf andern Unterpfändern haften. Ist mehr als die Hälfte des Frauengutes versichert worden, darf doch nur die eine Hälfte aus dem Pfanderlös bezahlt werden und der Mehrbetrag der Sicherung über die Hälfte fällt in die Masse. Die zweite Hälfte darf erst in der siebenten Klasse angeschrieben werden, selbst wenn für das ganze Frauengut besondere Sicherheit geleistet worden wäre [1]).

Diese eine Hälfte soll aber der Ehefrau unbedingt gesichert bleiben. Wenn sie in Verlust kommt, hat sie Regreßrechte gegen diejenigen, welche den Verlust verschuldet haben. Es wird dieses in der Regel die Fertigungsbehörde sein, welche neue Unterpfandsverschreibungen vorgenommen hat, ohne für genügende Sicherstellung des Frauengutes zu sorgen. Diese hat für den ganzen verursachten Schaden einzustehen.

Diese gesetzliche Haftpflicht hat nun manche Gemeinderäthe in Beachtung der gesetzlichen Vorschriften nur zu ängstlich gemacht, so daß nicht selten die Schranken des Gesetzes überschritten werden. Es wird nämlich nicht bloß bei Unterpfandsverschreibungen zu Gunsten Dritter auf den Liegenschaften des Ehemannes die Hälfte Frauengut vorgestellt, sondern auch, wenn der Ehemann Liegenschaften veräußerte und also zu dessen Gunsten Pfandverschreibungen errichtet wurden, wurde verlangt, daß der Ehemann die Hälfte Frauengut bei Errichtung dieser Kauftitel überbinden lasse. Dieses Begehren ist begreiflicher Weise gesetzlich durchaus unstatthaft und es muß ein solches Verlangen des Gemeinderathes vom Richter zurückgewiesen werden, sobald dessen Entscheid angerufen wird.

Dieses spezielle Pfandrecht auf Liegenschaften kann nun freilich nur in den Fällen zur Anwendung kommen, wo der Ehemann Liegenschaften besitzt, welche soweit schuldenfrei sind, daß die Hälfte Frauengut noch darauf angewiesen werden kann.

---

[1]) § 54. 113—117 d. G. O.

Digitized by Google

Es ist das nun durchaus nicht bei allen Ehen der Fall; es muß also auch für die übrigen Verhältnisse gesorgt werden. Daher räumt das Gesetz der Ehefrau die fernere Befugniß ein, „jederzeit von dem Ehemanne die besondere Sicherstellung „der Hälfte ihres eingekehrten Gutes zu verlangen [1])." Dieses Recht ist ein durchaus unbeschränktes, welches durchaus nicht motivirt werden muß. Das bloße Verlangen der Ehefrau genügt, um den Mann zur Sicherstellung zu nöthigen. Es wird dieses Recht von der Ehefrau freilich nur angewendet werden, wo wirklich Gefahr droht. In diesen Fällen ist es aber auch zweckmäßiger, daß das bloße Begehren der Frau ohne gerichtlichen Spruch nach Durchführung einer Parteiverhandlung die Pflicht des Mannes zur Sicherstellung begründet.

Nicht bloß die Ehefrau ist aber berechtigt, die Sicherheitsleistung zu verlangen, sondern auch die nächsten Verwandten und Verschwägerten der Frau, sowie der heimathliche Gemeinderath [2]). Das Recht derselben ist jedoch nicht ein unbeschränktes, sondern als ein ausnahmsweises nur dann zulässig, wenn das Vermögen der Frau erweislicher Maßen mit Verlust bedroht ist. In diesem Fall ist aber dann dieses Recht auch ein so nothwendig gefordertes, daß dasselbe sogar gegen den Willen der Ehefrau geltend gemacht werden kann. Diese Bestimmung war auch unerläßlich, um nicht die Vorschrift zu einer illusorischen zu machen, indem es dem bedrohten Manne in der Regel leicht werden dürfte, die Frau zur Opposition gegen diese Maßregel zu bestimmen.

(Schluß folgt.)

---

[1]) § 57 d. B. G. B.
[2]) § 60 d. B. G. B.

Digitized by Google

# Rechtsprechung kantonaler Obergerichte in Civilsachen.

## I. Appellations- und Kassationshof von Bern.

**Was gehört zur Begründung des civilrechtlichen Wohnsitzes? — Begriff des Domicils.**

**Die Verordnung vom 30. September 1853, betreffend die Förmlichkeiten, die von denjenigen Personen, welche den Kanton bleibend verlassen wollen, zu beobachten sind, hat lediglich eine polizeiliche Bedeutung; die Unterlassung der daherigen Publikation bewirkt daher nicht, daß nach dem wirklichen Verlassen des Kantonsgebietes die Fortdauer des Wohnsitzes in civilrechtlicher Beziehung präsumirt werden darf. *)**

Urtheil vom 27. Oktober 1859. Karl Guidotti c. Joh. v. Gonten.

Karl Guidotti von Semione, Kantons Tessin, war früher als Kaffeewirth in Bern angesessen. Bereits im September 1858 wanderte er jedoch aus und ließ sich in seiner Heimath, in Semione, nieder, ehe jedoch vorher seine, im Archive der Centralpolizei befindlichen Legitimationsschriften zu erheben und sein Auswanderungsvorhaben durch das amtliche Blatt bekannt zu machen. Unterm 15. September 1858 wurde auch die Niederlassungsbewilligung des Guidotti von der Justiz- und Polizeidirektion auf weitere vier Jahre erneuert, und die daherige Gebühr im Polizeibureau der Stadt Bern entrichtet. Beides war aber ohne seinen Willen und Auftrag geschehen, sondern durch die amtliche Thätigkeit der Polizeibehörden, und die von der Stadtpolizei Bern geforderte Gebühr war aus Unkenntniß von seinem Vater bezahlt worden.

Im Januar 1859 trat nun Joh. v. Gonten gegen Guidotti mit einer Schuldklage auf, und ließ, da selbige vom Weibel

*) Vgl. den in diesem Bande, Seite 52, mitgetheilten Fall.

Digitized by Google

nicht angelegt werden konnte, weil der Beklagte schon seit längerer Zeit nicht mehr in Bern wohnhaft sei und sich im Kanton Tessin aufhalte, den Guidotti zur Verurkundung derselben auf dem Edictalwege vor den Gerichtspräsidenten von Bern laden.

Beim daherigen Termine ließ Guidotti durch seinen Vertreter eine gerichtsstandablehnende Einrede anbringen, auf die Eingangs angebrachten Thatsachen sich stützend, verbunden mit dem Nachweise, daß er in seiner Heimath Semione förmlich niedergelassen sei, daselbst alle bürgerlichen und politischen Rechte genieße, und somit als aufrecht stehender schweizerischer Schuldner zu betrachten und an seinem Wohnort zu belangen sei.

Der Kläger bestritt die Begründetheit dieser Einrede, indem er sich auf den Umstand, daß die Legitimationsschriften des G. sich stets noch in Bern befänden, und insbesondere auf die Verordnung des Regierungsrathes vom 30. September 1853 berief.

Der Appellations- und Cassationshof sprach jedoch die foridéclinatorische Einrede zu,

in Betrachtung:

1) daß nach Art. 50 der schweizerischen Bundesverfassung der aufrecht stehende schweizerische Schuldner, welcher einen festen Wohnsitz hat, für persönliche Ansprachen vor dem Richter seines Wohnorts gesucht werden muß, und daß ebenso auch nach Mitgabe des § 11 des bernischen Prozeßgesetzes persönliche Klagen in der Regel bei dem Richter anzubringen sind, in dessen Bezirke der Beklagte seinen Wohnsitz hat;

2) daß zufolge der letztern Gesetzesstelle der civilrechtliche Wohnsitz einer Person sich an dem Orte befindet, wo sie ihren ordentlichen Wohnsitz hat, mit anderen Worten an dem Orte, den sie sich zum Mittelpunkte ihrer Lebensthätigkeit für die Dauer erwählt hat, und den sie auch wirklich bewohnt;

3) daß im vorliegenden Falle prozedürlich ermittelt ist, daß der Angeklagte Karl Guidotti bereits seit Anfang des Jahres 1857 in der Gemeinde Semione, Kantons Tessin, haushäblich niedergelassen nnd wohnhaft ist, und daselbst im Genuß aller seiner bürgerlichen und politischen Rechte steht;

Digitized by Google

4) daß daher der wirkliche civilrechtliche Wohnsitz desselben sich gegenwärtig an dem gedachten Orte und nicht in Bern, wo er allerdings früher niedergelassen war, befindet;

5) daß auch der Umstand, daß die Legitimationsschriften des Guidotti noch dermalen im Archive der hiesigen Centralpolizei deponirt liegen und die Niederlassungsbewilligung für denselben unter 15. September 1858 auf vier fernere Jahre erneuert worden, nicht zu der Annahme berechtigt, daß er stets noch seinen wirklichen civilrechtlichen Wohnsitz in Bern habe, indem:

a. Guidotti dadurch, daß er seine Legitimationsschriften nicht erhob, weder thatsächlich, noch rechtlich verhindert wurde, sich an einem andern Orte, in Semione, bleibend niederzulassen, wenn er auch unter Umständen, behufs Niederlassung in einem andern Kantonsgebiete, seiner Papiere allerdings bedurft hätte; und

b. die Erneuerung der Niederlassungsbewilligung nur dann allfällig von einiger Bedeutung sein könnte, wenn sie auf sein ausdrückliches Nachwerben erfolgt wäre, was jedoch nicht constatirt ist;

c. somit die beiden Momente zwar eine wichtige polizeiliche Bedeutung haben und unter Umständen auch die Möglichkeit einer Niederlassung an diesem oder an jenem Orte bedingen können, nicht aber geeignet sind, von vorne herein und in civilrechtlicher Hinsicht den Wohnsitz einer Person oder die Wahl eines solchen zu bestimmen;

6) daß übrigens, selbst angenommen, Guidotti habe seinen Wohnsitz sowohl in Semione als in Bern, er doch immerhin für die gegen ihn eingeklagte persönliche Ansprache am erstern Orte belangt werden müßte, indem er sich daselbst unzweifelhaft zur Zeit der Anbringung der Klage aufgehalten hat (§ 11 P. in fine);

7) daß endlich die angerufene Verordnung des Regierungsrathes vom 30. September 1853 zwar gewisse Cautelen für die hiesige Einwohnerschaft gegen das betrügerische Austreten hier angesessener Personen aufstellt, und vorschreibt, daß ohne vorher stattgehabte Publikation des Auswanderungsvorhabens dem Be-

Digitized by Google

treffenden seine Legitimationsschriften nicht verabfolgt werden dürfen — hingegen an die Unterlassung einer solchen Publikation keine civilrechtlichen Folgen knüpft, und namentlich nicht bestimmt, daß in diesem Falle die Fortdauer des Wohnsitzes im hiesigen Staatsgebiete anzunehmen sei;

8) daß aus allen diesen Gründen der Kläger v. Gonten zu Anbringung seiner Klage gegen K. Guidotti nicht den zuständigen Gerichtsstand gewählt hat, vielmehr der Beklagte vor den Gerichten des Kantons Tessin belangt werden muß. 8.

---

## II. Obergericht von Aargau.

### 1. Das aargauische Recht kennt, neben dem öffentlichen Gute (§ 415 des A. B. G.) und dem Eigenthums- resp. Miteigenthumsrecht, ein sog. Genossenschaftsgut.

Urtheil vom 1. Juli 1864.

Im Iberg, Gemeindebann Ryniken, befindet sich eine Waldung, 30 bis 40 Jucharten haltend, die „Gabenhalde" genannt, welche in unvertheiltem Besitze mehrerer Betheiligter steht. Ein Einzelner der Betheiligten verlangte gegenüber den Mitberechtigten die Aufhebung dieser Gemeinschaft, unter Hinweisung auf § 458 des A. B. G., nach welchem „jeder Theilhaber einer Gemeinschaft auf Theilung zu dringen berechtigt ist." Dieses Begehren wurde bestritten und vom Obergericht als ein im Fall unstatthaftes abgewiesen. Das Obergericht fand nämlich, daß die Gabenhalde weder unter den Begriff des gemeinsamen Gutes — Miteigenthum, — noch auch des öffentlichen Gutes falle, sondern daß ihr das Wesen und die Bedeutung einer „Genossenschaftswaldung" im Sinne des deutschen Rechtes beizulegen sei. Da nun gemäß § 19 des Forstgesetzes vom 29. Hornung 1860: „Gemeinde, Gerechtigkeits- und Genossenschaftswaldungen unter keinem Vorwande, unter die einzelnen Nutznießer vertheilt werden dürfen," so wurde auf Abweisung der Theilungsklage erkennt.

Digitized by Google

Das rechtliche Verhältniß der Genossenschaftswaldung differirt — laut dem Urtheil — von der Gemeindewaldung darin, daß bezüglich des erstern je die Besitzer eines Nutzungsantheils als Glieder der Genossenschaft angesehen werden, ohne Rücksicht darauf, ob sie sich in ein und demselben Gemeindeverband befinden oder aber verschiedenen Gemeinden angehören, und daß die Nutzungsantheile verkauft, vertauscht werden, überhaupt Gegenstand des Privatverkehrs sein können; während beim Gemeindewald nur Gemeindeangehörige als anspruchsberechtigt erscheinen und die daherigen Rechtsame der Genossen nicht Gegenstand privatrechtlichen Verkehrs sein können. 15.

---

**2. Der Eigenthümer hat die freie Befugniß, vom Nutznießer Sicherheitsleistung zu verlangen, ohne den Nachweis einer Gefahr leisten zu müssen.**

Urtheil vom 7. Sept. 1864.

Ein Bezirksgericht hatte einen Eigenthümer, welcher vom Usufruktuar Kaution verlangte, aus dem Grunde mit seinem Begehren abgewiesen, weil nach der Fassung des § 536 des A. B. G., namentlich den Eingangsworten dieser Gesetzesstelle: „Hat der Eigenthümer zu besorgen ꝛc.", der letztere nur dann Sicherheitsbestellung verlangen dürfe, wenn er die Besorgniß, daß ihm durch den Mißbrauch des Nutzungsrechtes Schaden erwachse, thatsächlich begründe, der Kläger aber diese Begründung schuldig geblieben sei.

Das Obergericht hob das Urtheil auf und interpretirte jene Gesetzesstelle dahin, daß der Eigenthümer einen solchen Nachweis nicht schuldig sei. „In unserer Gesetzgebung sei die Tendenz erkennbar, das Eigenthumsrecht gegenüber den Beschränkungen, welche der Eigenthümer durch die Dienstbarkeit der Fruchtnießung erleidet, zu schützen, vgl. § 523. Diese Betrachtung führe zu der Annahme, daß der Gesetzgeber in § 536 dem besorgten Eigenthümer die freie Befugniß einräumen wollte, vom Nutznießer Sicherheit zu verlangen. Einer solchen Auslegung stehe der Wortlaut des Gesetzes nicht entgegen. Der

Digitized by Google

Sprachgebrauch lasse die Ausdrücke: „zu besorgen haben“ und „besorgen“ sehr häufig als gleichbedeutend erscheinen; die Bedeutung „Nachweisen der Gefahr“ liege nicht darin und pflege auch der Gesetzgeber ganz anders auszudrücken, wie im § 60, wo gesagt wird: „Ist das Vermögen erweislicher Maßen mit Verlust bedroht ꝛc.“ — Diese Auslegung gebe endlich allein dem § 536 eine praktisch wohlthätige Anwendbarkeit. Wollte man dem Eigenthümer die Aufgabe stellen, durch objektive Thatsachen seine Sorge zu begründen, so könnte er in den meisten Fällen seine Aufgabe erst dann erfüllen, wenn sein Eigenthum bereits Schaden gelitten; eine Bedingung, welche eine weise und gerechte Gesetzgebung nicht gestellt haben kann.“ 15.

---

### 3. Ein Zeuge, der seit Abgabe seiner Zeugenaussage in den Geltstag gefallen ist, wird zur Beschwörung derselben zugelassen.

Urtheil vom 7. November 1864.

Der § 173 der P. O. schreibt vor, daß auf den Antrag des Gegners des Beweisführers als unzulässige Zeugen verworfen werden müssen die Vergeltstagten, so lange sie nicht rehabilitirt sind. Im vorwürfigen Streit war der Zeuge von dem Gegner des Beweisführers als ein zulässiger anerkannt und dann nicht nur über den Beweissatz des Beweisführers, sondern selbst auch über die gegnerischen Erläuterungsfragen abgehört worden. Nach diesem Vorgang wurde der Geltstag über ihn erkennt, was dem Gegner des Beweisführers Anlaß gab, jetzt die Verwerfung dieses Zeugen zu begehren.

Das Obergericht wies dieses Begehren ab, u. A. aus folgenden Motiven. Nach dem Grundsatze der Eventualmaxime müßten solche auf § 173 cit. gestützte Einwendungen in den Satzschriften und jedenfalls vor Abhör des Zeugen geltend gemacht werden. Der nachher eingetretene Geltstag habe keine zurückwirkende Folge, zumal diese Thatsache keine solche sei, vermöge welcher der Zeuge seine Glaubwürdigkeit und damit die

Digitized by Google

Befähigung zur Abschwörung seiner Aussagen verloren hätte. Es sei zu unterscheiden zwischen der absoluten Unzulässigkeit eines Zeugen nach § 172 und der bloß relativen Ausschließbarkeit desselben; im ersten Fall werde der Zeuge im Augenblick des Verwerfungsgrundes eo ipso unzulässig, weil er seine Glaubwürdigkeit verloren habe, und müsse der Richter einen solchen Zeugen im Zeitpunkt der Abhör oder der Beeidigung schon von Amtes wegen verwerfen; während im andern Fall die einmal anerkannte Zulässigkeit des Zeugen im Stadium des Beweisverfahrens so lange fortwirke, als nicht eine Thatsache hinzutrete, vermöge welcher der Zeuge seine Glaubwürdigkeit verliere. Daß der Geltstag eine solche Thatsache nicht sei, gehe auch aus § 259 der G. O. hervor, wo der Vergeltstagte nur „unfähig" erklärt sei, den Erfüllungs- und Schätzungseid, also in eigener Sache einen von ihm selbst beantragten Eid zu leisten, welche Bestimmung auf den Zeugeneid nicht ausgedehnt werden könne. 15.

---

## Aus der Praxis in Strafsachen.

### Zur Auslegung des Konkordats über den Schutz des schriftstellerischen und künstlerischen Eigenthums, vom 3. Dezember 1856 und 24. Februar 1857.

I. Photographische Nachbildungen einer Lithographie, welche selbst Nachbildung eines Oelgemäldes ist, sind ohne Einwilligung des Lithographen nicht erlaubt.

Urtheil der Polizeikammer vom 22. Dezember 1860, gegen Carl Schmid, Gérant der Dalp'schen Buchhandlung in Bern.

---

Lithograph Heimann in Bern zeigte an, daß Carl Schmid von seiner Lithographie, „die Kinder von Iselwald" darstellend, welche er nach einem von Maler Dietler hervorgebrachten und der Künstlergesellschaft in Bern angehörenden Oelgemälde mit Erlaubniß der Betreffenden angefertigt, photographische Kopien

Digitized by Google

gemacht und verkauft habe. Vom Anwalt des Heimann wurde folgendes Gutachten zu den Akten gegeben:

„Den Unterzeichneten ist die Frage vorgelegt worden, ob Lithographien nach Gemälden nach dem Konkordate zum Schutze des schriftstellerischen und künstlerischen Eigenthums das Autorrecht genießen. Sie beantworten dieses kurz folgendermaßen: Lithographien und Kupferstiche gehören nach der Kunstsprache zu den Uebersetzungen. Wenn man weiß, daß mehrere Jahre lange Studien nothwendig sind, um einen leidlichen Grad von Perfektion in dieser Kunst zu erlangen, so kann in erster Linie darüber wohl kein Zweifel obwalten, daß diese Kopien nach dem Konkordate, als auf eigener Geistesthätigkeit beruhend, Autorschaft genießen, und in zweiter Linie wird auf den ersten Blick einleuchten, daß die Photographie eine Vergleichung mit einer lithographischen Zeichnung in diesem Punkte nicht aushalten kann; bei jener ist viel mehr die wirkende Naturkraft als der Geist der Photographie thätig." Bern, den 20. Dez. 1860.

(Sign.) Dr. J. Volmar, Prof.
„ Chr. Bühler, Inspektor der akademischen Kunstanstalt.
„ R. Durheim, Maler.
„ F. Dietler.

Die Polizeikammer erklärte Carl Schmid des Verstoßes gegen das Konkordat schuldig, und verurtheilte ihn zu Fr. 10 Buße, Fr. 40 Entschädigung an Lithograph Heimann, so wie zur Herausgabe der noch in seinem Besitze befindlichen Exemplare der fraglichen Nachbildung an Heimann und zur Bezahlung sämmtlicher Kosten,

In Betrachtung:

1) daß Schmid geständig ist, von dem lithographischen Bilde des Heimann, darstellend „die Kinder von Iselwald", nach einem von Maler Dietler hervorgebrachten und der Künstlergesellschaft in Bern angehörenden Oelgemälde, ohne Einwilligung des Heimann zehn photographische Kopien anfertigen lassen und zwei davon verkauft zu haben;

Digitized by Google

2) daß diese Photographien nicht als eine erlaubte Nachbildung des lithographischen Bildes von Heimann betrachtet werden können, indem sie, so wie die Nachbildungen von Gemälden oder Zeichnungen durch die Photographie überhaupt, lediglich auf dem Wege der gewerblichen Thätigkeit durch mechanische, beziehungsweise chemische Mittel hervorgebracht worden, und also nicht auf eigener Geistesthätigkeit des physischen Urhebers beruhen; folgeweise auch nicht als selbstständiges Werk, durch dessen Veröffentlichung eine Verletzung des Autorrechts nicht begangen würde, zu betrachten sind;

3) daß Heimann berechtigt erscheint, wegen der unbefugten Nachbildung seiner Lithographie durch Schmid, gegen denselben zu klagen, sei es nun, daß man ihn als Autor des von ihm lithographirten Bildes betrachte, in welchem Falle ihm ein direktes Klagrecht zustehen würde, sei es, daß er durch die Erlaubniß des Herrn Dietler, sein Gemälde in Stein zu zeichnen und so als Lithographie zu veröffentlichen, also als Rechtsnachfolger desselben, wenigstens in dieser Hinsicht indirekt dazu als befugt erschiene.

---

## II. Die Aufnahme einer Novelle in ein Unterhaltungsblatt ist ohne Einwilligung des Verfassers nicht gestattet.

Urtheil der Polizeikammer vom 8. Dezember 1864 gegen Jakob Marti, Buchdrucker in Thun.

---

Durch dieses Urtheil wurde Marti der Widerhandlung gegen das Konkordat über den Schutz des schriftstellerischen und künstlerischen Eigenthums schuldig erklärt, und zu Fr. 10 Buße, Fr. 150 Entschädigung an Literat Robert Weber in Bern und Bezahlung sämmtlicher Kosten verurtheilt,

In Betrachtung:

1) daß Buchdrucker Marti geständig ist, aus dem ersten Bande der im Laufe des Jahres 1864 im Selbstverlage des Verfassers im Druck erschienenen „Novellen, Erzählungen und

Digitized by Google

Gedichte" von Robert Weber die 15 Seiten haltende Novelle „die Rose vom Thunersee", ohne Einwilligung des Autors, in dem von ihm als wöchentliche Beilage zum Thuner „Geschäftsblatt" herausgegebenen Unterhaltungsblatt Nr. 34, 35 und 36 des laufenden Jahrganges abgedruckt zu haben;

2) daß hier eine „Aufnahme einzelner Stellen, Aufsätze oder Abschnitte aus einem Werke in ein Sammelwerk" — was zufolge Art. 4, Ziffer 4 des Konkordats als erlaubte Veröffentlichung gilt — nicht vorliegt, indem:

a. vorerst schon jene Novelle nicht ein Aufsatz oder Abschnitt aus einem Werk, sondern eine selbstständige Arbeit, ein Werk für sich bildet; somit hier nicht aus einem Werke abgedruckt worden ist;

b. vorzüglich aber das erwähnte Unterhaltungsblatt nicht ein Sammelwerk bildet, weil unter diesem Ausdruck hier nur eine solche Kompilation verstanden sein kann, zu deren Hervorbringung eine selbstständige Geistesthätigkeit erforderlich ist, welche mithin einen bestimmten literarischen, historischen oder pädagogischen Zweck hat und von einem Schriftsteller herrührt, nicht aber Kompilationen, die als solche gar nicht auf einer schriftstellerischen Thätigkeit beruhen, wie das in Frage stehende Unterhaltungsblatt; da, abgesehen von andern Rücksichten, der Grund, warum das Gesetz die Aufnahme einzelner Stellen, Aufsätze oder Abschnitte aus einem Werk in ein Sammelwerk ohne die Zustimmung des Autors gestattet hat, in dem Ueberwiegen der selbstständigen Geistesarbeit des neuen (Sammel-) Werkes zu suchen ist, und dieser Grund bei Kompilationen der vorerwähnten Art offenbar nicht zutrifft;

3) daß demnach Marti sich einer Verletzung des Autorrechts schuldig gemacht hat, und die auf diese Verletzung gesetzte Strafe (Buße) dadurch nicht ausgeschlossen wird, daß dieselbe, wie es allerdings nach der glaubwürdig erscheinenden Erklärung des Marti anzunehmen ist, bona fide begangen worden ist, wohl aber dieser Umstand bei Ausmessung der Strafe in Erwägung fallen muß;

Digitized by Google

4) daß ein Antrag auf Konfiskation der noch unverkauften Exemplare des Unterhaltungsblattes, in welchem die fragliche Novelle abgedruckt ist, in oberer Instanz nicht gestellt worden ist;

5) daß dem Kläger nach Art. 6 des Konkordats wegen Verletzung des Autorrechts eine Entschädigung gebührt. F.

## Inserate.

Soeben erschien und kann durch **alle Buchhandlungen** bezogen werden: das erste Heft von dem

**CENTRAL-ORGAN für das deutsche Handels- u. Wechselrecht. Neue Folge. Herausgegeben von Dr. jur. Georg Löhr, Advokat in Köln.**

Die vorliegende Zeitschrift ist der Pflege des deutschen Handelsrechtes mit Einschluss dss Wechselrechtes gewidmet und vertritt eine vorzugsweise **praktische** Richtung. Sie soll nicht nur dem Juristen allein, sondern auch den Handelsgesellschaften und Kaufleuten das kaum entbehrliche Hülfsmittel sein auf dem weiten Gebiete, welches sich seit der Einführung des Allg. deutschen Handelsgesetzbuches und der Allg. deutschen Wechselordnung in dem grössten Theile Deutschlands durch die Verschiedenheit der Civil- und Prozess-Gesetzgebungen der einzelnen Staaten für die Anwendung und Interpretation der Handelsgesetze eröffnet hat.

Jährlich erscheint ein Band, von 4 Quartalheften à 9—12 Gross-Octav-Druckbogen, zum Preise von 3 Thlr. 10 Sgr.

**Elberfeld**, November 1864.

Die Verlagshandlung: **R. L. Friderichs.**

In unserm Verlage ist soeben erschienen und durch alle Buchhandlungen zu beziehen:

**Geschichte**
des
**Deutschen Rechts**
**in sechs Bänden.**
Bearbeitet von
**G. Beseler, H. Hälschner, J. W. Planck, Aem. L. Richter und O. Stobbe.**
Ersten Bandes zweite Abtheilung:
**Die Rechtsquellen von O. Stobbe.**
Zweite Abtheilung.
gr. 8. geh. Preis 10 Fr. 15 c.

Braunschweig. **C. A. Schwetschke & Sohn.**
(M. Bruhn.)

Druck von Rieder & Simmen in Bern.

Digitized by Google

# Zeitschrift
des
# Bernischen Juristen-Vereins.

**Band I.** **Nr. 8.**

1. Februar 1865.

**Inhalt:** Ueber Zuständigkeit der Assisen, I. S. 249. — Aargauisches eheliches Güterrecht, II. S. 258. — Wechselrechtliche Judikate, I. S. 266. — Civilrechtsprechung: Bern, alter Kanton, S. 272; Bern, Jura, S. 277; Aargau, S. 284.

## Die Zuständigkeit der Assisen nach den jetzigen Gesetzen und nach dem neuen Strafgesetzesentwurf.

Von Oberrichter F. Moser.

### I.
### Bisheriges Recht.

Die Verfassung von 1846 und das Organisationsgesetz von 1847 weisen dem Schwurgericht die sämmtlichen Kriminal-, politischen und Preßvergehen zu. Die Kriminalvergehen sind die sogenannten peinlichen Fälle, über welche vor der Einführung der Jury das Amtsgericht gewissermaßen nur gutachtlich urtheilte, nämlich ohne daß sein Urtheil eröffnet wurde, und stets nur unter Vorbehalt der absolut nothwendigen Revision durch das Obergericht. Es waren alle diejenigen Vergehungen, welche mit einer andern und höhern Strafe bedroht waren, als mit Gefängniß, Buße, Leistung und Eingrenzung. Es galt damals ausnahmslos der Grundsatz, daß das Amtsgericht als korrektionelles oder Polizeigericht nie auf eine Strafe erkennen durfte, welche entweder schlechthin den Ehrenverlust zur Folge hatte, oder mit welcher derselbe dadurch verbunden werden konnte, daß das Urtheil als ein peinliches ausgesprochen wurde. Dieß war ausschließlich Sache des peinlichen Gerichts, dessen volle Kom-



Digitized by Google

petenz auf das Schwurgericht übergehen sollte.*) Diese Kompetenzvorschriften sind noch dermal Gesetz und Rechtens, soweit sie nicht durch seitherige legislative Erlasse abgeändert worden sind. Wir wollen diese Ausnahmen hienach aufzählen:

1) Die Gesetze über die Armenpolizei aus den J. 1848 und 1849 räumten dem Amtsgerichte und sogar dem Gerichtspräsidenten als Polizeigerichtsbehörden fortan die Befugniß ein, auch auf Arbeitshaus, Zwangsarbeit und Landesverweisung zu erkennen.

2) Das Gesetz wider die Betrügereien zahlungsflüchtiger Schuldner von 1847 belegte die leichtern Betrugsfälle mit Einsperrung und zeitlicher Einstellung in der bürgerlichen Ehrenfähigkeit. Wir scheiden hier absichtlich die leichteren von den schwereren Betrügereien, welche im Maximum mit 4 Jahren Zuchthaus bedroht werden, weil, da das Gesetz eigentlich keine die Kompetenz abändernde Bestimmungen enthält, jedenfalls nur in Betreff der erstern angenommen werden kann, daß eine Zuweisung an die korrektionellen Gerichte beabsichtigt worden sei. Die widersprechende Praxis, welche diese Zuweisung auch in den schwereren Fällen verfügt, ist nach unserm Dafürhalten durchaus ungesetzlich, und kann später nur durch die in sehr mangelhafter Form eingeführte Korrektionalisirungsbefugniß, wovon oft in wucherischer Weise Anwendung gemacht worden ist, erklärt werden.

3) Eine weitere Reduktion der Assisenfälle, resp. Ausdehnung der Kompetenzen des Amtsgerichts geschah durch das Gesetz vom 11. Dezember 1852, welches „alle gemeinen Diebstähle „und Unterschlagungen, wobei der Werth des Gestohlenen „Fr. 100 a. W. nicht übersteigt, selbst wenn sie an befriedeten

*) Instruktion für die Oberamtmänner beim Verfahren in peinlichen Sachen vom 5. August 1803. — Gesetz über die Amtspflichten der Regierungsstatthalter vom 3. Dezember 1831. — Gerichtsorganisationsgesetz vom 3. Dezember 1831. — Gesetz über die Organisation des Obergerichts vom 11. April 1832. — Anweisung für die Regierungsstatthalter vom 7. März 1834. — Anweisung für die Richter vom 15. Dezember 1834. — Gerichtsorganisationsgesetz von 1847, Art. 49.

Digitized by Google

„Sachen oder unter erschwerenden Umständen begangen worden „sind", dem korrektionellen Gericht zuweist. Die Strafe blieb im Wesentlichen die gleiche: Zuchthaus mit den im Gesetz von 1836 gedrohten hohen Quantitäten. Die Milderung, die man etwa in der Aufhebung der Kettenstrafe für diese Fälle und in der Festsetzung einer Maximalzeit von 10 Jahren statt lebenslänglich oder auf unbestimmte Zeit erblicken möchte, ist nur eine scheinbare. Denn bekanntlich ist für den Verurtheilten die Dauer der Freiheitsberaubung die Hauptsache, gleichgültiger ist es ihm, ob Ketten oder Zuchthaus, da der Ort der Verbüßung, Verpflegung, Behandlung, Arbeitszwang ꝛc. gleich sind. Betreffend die Einschränkung des Ehrenverlusts auf eine Maximalzeit aber, so ist nicht zu vergessen, daß inzwischen das Institut der Rehabilitation eingeführt wurde, wonach es auch dem lebenslänglich zum Ehrenverlust Verurtheilten möglich gemacht wird, nach vielleicht kurzer Zeit wieder in den Vollgenuß seiner bürgerlichen Rechte eingesetzt zu werden. Und nach den seitherigen Erfahrungen war endlich von einer wirklichen Milderung nicht nur keine Rede, sondern es ist bekannt, daß viele Amtsgerichte meist längere Freiheitsstrafen erkannt haben, als dieß von den Assisen geschehen wäre.

4) Im Art. 256 der revidirten Ausgabe des Strafverfahrens vom 29. Juni 1854 wurde der Anklagekammer die Befugniß eingeräumt: „auf den Antrag des Generalprokurators „auch solche Straffälle, welche sich nach den dermaligen Straf„gesetzen zu Verbrechen eignen, dann dem korrektionellen Gerichte „oder dem Polizeirichter zu überweisen, wenn sie einmüthig dafür „hält, daß der Gesetzgeber, wenn ihm bei Erlassung des be„treffenden Strafgesetzes der konkrete Fall vorgeschwebt hätte, „um den es sich handelt, eine peinliche Strafe nicht angedroht „haben würde." Es ist dieß die sogenannte Korrektionalisirungsbefugniß. So sehr die wohlmeinende Absicht dieser Neuerung anzuerkennen ist, so sehr muß man anderseits beklagen, daß ihr die nöthigen Detailbestimmungen nicht mitgegeben worden sind. In Belgien, dessen Gesetzgebung zuerst auf diese Idee gerieth, und in Frankreich, wo sie in der Praxis nachge-

Digitized by Google

ahmt wird, ist dieses Korrektionalisiren eine Wohlthat, eine Wahrheit, eine nicht bloß scheinbare Milderung der Strafgesetze, nicht eine bloße täuschende Wortspielerei, weil dort die in die Kompetenz der korrektionellen Gerichte fallenden Strafarten, das Maß derselben, die Wirkung des Korrektionalisirens in Betreff des Ehrenverlusts ꝛc. gehörig geregelt sind. Dort wird wirklich korrektionalisirt, nicht bloß an Platz des einen Gerichts ein anderes gesetzt und die schwerere Strafe beibehalten; dort kann ein Delikt, das korrektionalisirt wird, wirklich nur mit korrektionellen Strafen belegt werden (Buße und einfaches Gefängniß), und es ist genau bestimmt, in welchen Fällen eine temporäre Einstellung in den Ehrenrechten damit verbunden werden kann, auf wie lange, und in welchen Ehrenrechten; dort ist das Korrektionalisiren nicht bloß ein geschäftliches Expediens, sondern heißt das Delikt unter eine ganz andere Strafdrohung stellen. Bei uns ist dieß Alles ganz anders, Dank dem ärmlichen Kleide, in welchem jene Neuerung in die Gesetzgebung eingeführt wurde.

Die seitherige Praxis hat dieselbe zur Unwahrheit gemacht, zu schweigen von den Inkonsequenzen und Variationen, die eine oft launenhafte Applikation zu Tage treten ließ, und von dem Wirrwarr, in den, wie uns versichert wurde, Untersuchungsrichterämter und Staatsanwälte hie und da gerathen waren. Das Korrektionalisiren hätte nothwendig zur Folge haben sollen, daß die korrektionellen Gerichte die betreffenden Delikte eben nur mit Buße, Leistung, Gefängniß und Eingrenzung belegt hätten, weil durch die bereits erwähnten Gesetze nur für einzelne Fälle (Widerhandlungen gegen die Armenpolizei; Betrug in Geltstagen, während der Betreibung und mit Rücksicht auf drohende Betreibungen und Geltstage; und gewisse Diebstähle) der Katalog der in die Kompetenz der korrektionellen Gerichte fallenden Strafarten vermehrt worden war. Statt dessen aber gewöhnten sich diese Gerichte allmählig eben in allen Fällen, auch in den nicht benannten, nur in Folge der korrektionellen Befugniß ihnen zugewiesenen Geschäfte (Nothzucht, Schändung, Fälschung, Erpressung ꝛc.) daran, Einsperrung und Zuchthaus mit temporärer Einstellung auszusprechen. Freilich

Digitized by Google

waren sie wenigstens in einem Falle zu dieser ganz unzweifelhaften Kompetenzüberschreitung genöthigt, wenn es nämlich der Anklagekammer hie und da einfiel, auch gefährliche Diebstähle zu korrektionalisiren. Denn da würde es sich allerdings sonderbar ausnehmen, diese nur mit Gefängniß zu belegen, während dagegen für die geringere Schuld (Diebstähle an befriedeten Sachen und unter erschwerenden Umständen) Zuchthaus durch ein Spezialgesetz beibehalten ist.

5) Endlich soll schon vor einigen Jahren ein Zirkular der Anklagekammer oder des Generalprokurators an die Untersuchungsrichter und Staatsanwälte erlassen worden sein, Fälle von Betrug (ganz allgemein) in der Regel nicht mehr zur Ueberweisung an die Assisen der Anklagekammer einzusenden, weil nach dem Gesetz vom 26. Mai 1848 anzunehmen sei, daß das Delikt des Betruges überhaupt regelmäßig nur der korrektionellen Beurtheilung anheimfalle. Diese Weisung trat einer frühern konstanten Praxis entgegen, wonach wenigstens die schwereren Fälle (dem Belaufe des Schadens oder der Verübung nach), welche voraussichtlich mit Zuchthaus bestraft werden konnten, als zum Ressort der Assisen gehörend angesehen worden waren.

Wir bezweifeln die Legalität und Zweckmäßigkeit dieser Weisung aus folgenden Gründen:

a. Das Gesetz vom Mai 1848 droht zwei Monate Einsperrung bis vier Jahre Zuchthaus und Ehreneinstellung auf bestimmte oder unbestimmte Zeit. Letzteres ist nun aber haarklein gerade das, was die schon gesetzlich mit der peinlich erkannten Zuchthausstrafe verbundene Infamie. Der (nicht korrektionell, denn das ist nicht wahr! sondern) vom korrektionellen Gericht auf unbestimmte Zeit Eingestellte hat kein anderes Mittel zur Wiedererlangung seiner bürgerlichen Ehren, als die Rehabilitation. Ohne diese bleibt er wie der peinlich Verurtheilte zeitlebens ehrenunfähig. Der peinlich Verurtheilte hat aber diese Rehabilitation auch, mit ihr cessirt auch für ihn die Wirkung der peinlichen Verurtheilung. Das korrektionelle Gericht spricht demnach augenfällig der Sache und der Wirkung nach eine peinliche Strafe aus, wenn es auf unbestimmte Zeit

Digitized by Google

einstellt, und die Bestimmung des Organisationsgesetzes von 1847, wonach das Amtsgericht nicht über Vergehen erkennen darf, die mit peinlicher Strafe bedroht sind, ist geradezu über den Haufen geworfen. — Darf aber das korrektionelle Gericht diese Strafe nicht aussprechen, so sind auch die damit zu belegenden Betrugsfälle ihm nicht zu überweisen. Das ist sonnenklar! — Es ist aber sogar streng genommen auch irrig, wenn Zuchthaus mit Einstellung auf bestimmte Zeit nur als eine korrektionelle Strafe angesehen wird. Auf diese Weise hörten alle peinlichen Strafen auf, und das korrektionelle Gericht könnte auch ermächtigt werden zu Einstellungen von 20, 30 ꝛc. Jahren, eine Dauer, die oft über die Lebenszeit des Betreffenden hinausginge. Wenn zu einer solchen Theorie das Gesetz von 1852, das mit Beibehaltung des Zuchthauses, verbunden mit temporärer Einstellung, gewisse Diebstähle dem korrektionellen Gericht zuweist, zur Hülfe genommen wird, so erwiedern wir dagegen: dieses Gesetz war eine Anomalie, es vernichtete den bisdahin bestandenen Grundsatz der ausschließlichen Berechtigung der peinlichen Gerichte zu Strafen, mit denen irgend ein Ehrenverlust verbunden war, und kann eben als eine Singularität nach einem bekannten Interpretationsgrundsatz nicht zur Anwendung auf andere Fölle mißbraucht werden. Noch weniger läßt sich jene Theorie aus dem Gesetze vom 26. Mai 1848 selber begründen. Dasselbe enthält, wie schon gesagt, eigentlich keine Abänderung der allgemeinen Grundsätze über Zuständigkeit und das Wesen der peinlichen Strafe; vielmehr ist es sogar sehr denkbar, daß das Gesetz dem peinlichen Richter einerseits die bisher ihm nicht zugestandene Befugniß geben wollte, auch in schwereren Betrugsfällen zahlungsflüchtiger Schuldner Zuchthaus mit bloß temporärer Einstellung auszusprechen, andererseits ihm aber die ihm bis dahin zugestandene Befugniß nehmen wollte, in den leichtern Fällen je Einsperrung und Zuchthaus ohne Ehrenverlust zu erkennen, was bekanntlich oft geschah, und bei andern Delikten noch dermal geschieht.

Digitized by Google

b. Das Gesetz vom 26. Mai 1848 beschlägt nur eine Kategorie oder nur eine Spezies des Betrugs, denjenigen nämlich der Schuldner gegen ihre Gläubiger. Alle andern Betrugsdelikte stehen somit zur Stunde noch unter dem Art. 2 der Verordnung von 1803 und den ordentlichen Gerichtsvorschriften, gehören somit vor die Assisen, so oft nach den konkreten Umständen Zuchthaus ausgesprochen werden könnte.

c. Jene Weisung steht aber auch im Widerspruch mit der Entstehung und dem Zweck des Gesetzes vom 26. Mai 1848, so daß dieselbe nicht einmal rücksichtlich dieser Spezies von Betrügereien richtig ist. Dasselbe sollte gegen die mehr und mehr überhand nehmenden „Bluttmachereien", betrügerischen Scheinverträge, Fälschungen unrichtiger Schuldbekenntnisse und Quittungen, Verschleppungen, oft großartige Unterschlagungen ꝛc. das frühere Gesetz über den betrügerischen Geltstag ersetzen und ergänzen, das zu der jetzigen veränderten Gesetzgebung in Betreibungs- und Geltstagssachen nicht mehr paßte. Früher aber wurden diese Handlungen wenigstens bei erheblichem Schaden stets vor dem peinlichen Forum erörtert, und es ist nicht anzunehmen, daß das jetzige Gesetz dieß habe ändern wollen.

d. Wohl der gewichtigste Einwand gegen jene Weisung liegt aber nach unserm Dafürhalten endlich in der Natur des Betrugsdeliktes und in den prozessualischen Bedürfnissen betreffend dessen Erörterung. — Wenn wir diesen Einwand hier etwas ausführlicher besprechen, so geschieht es, weil wir damit zugleich Verschiedenes antizipiren, was uns später bei der speziellern Rücksichtnahme auf den Strafgesetzesentwurf ebenfalls maßgebend ist.

Der Betrüger beurkundet sehr oft eine schändlichere Gesinnung und ist ein gefährlicheres Individuum als der Dieb. Gleich diesem beeinträchtigt er das Vermögen Anderer, seine Erwerbsthätigkeit aber ist oft schändlicher und gefährlicher. Der Dieb stiehlt, wenn er sich vor Entdeckung sicher glaubt, ein kleines Hinderniß, die Nähe einer andern Person, kann ihn verscheuchen. Armuth, augenblickliche Noth treiben ihn zum Verbrechen; die oft ungesuchte, plötzliche Gelegenheit verführt ihn;

Digitized by Google

er vergreift sich gewöhnlich nicht am Eigenthum dessen, gegen den er eine besondere Pflicht des Dankes oder der Freundschaft hat. Wie ganz anders der herzlose, abgefeimte Betrüger, der mit allem Bedacht seinen Plan anlegt, und ihn mit Beharrlichkeit, oft längere Zeit hindurch trotz Hindernissen verfolgt! Er heuchelt Redlichkeit, Freundschaft, stiehlt das Vertrauen des auserlesenen Opfers, und vergilt die Wohlthat mit Undank. Er weiß, daß mit der Entdeckung des Betruges auch er, Thäter, entdeckt ist; er ist aber zum Voraus gefaßt, vielleicht sogar die That, jedenfalls aber den Betrug zu leugnen: er besitzt die Scham des Dieben nicht, welcher — wüßte er seine Entdeckung zum Voraus — den Diebstahl nicht begehen würde. Sehr oft gehört der Betrüger zur gebildeten, hablichen, ja reichen Klasse. Nicht die Armuth bestimmt ihn, sondern Habsucht, Geldgier. — Es ist nicht wahr, daß es leichter ist, gegen Betrug als gegen Diebstahl sich zu schützen; es ist nicht Jedem gegeben, stets mit Mißtrauen gewaffnet zu sein; ein verlogenes Benehmen kann schließlich Jeden täuschen; Menschenkenntniß, Blick und Erfahrungen kommen erst mit der Zeit; der geistig weniger Begabte kann seine Intelligenz nicht beliebig mehren. Es ist meines Erachtens die allerverkehrteste Theorie, Denjenigen entweder gar nicht Betrüger zu heißen, oder auch nur gelinder zu strafen, der seine Künste vorzugsweise gegen die Dummen und Unerfahrnen richtet; vielmehr sollte gerade diese Sorte Spekulanten härter gestraft werden. Den einen Betrüger kann man schon ungestraft an den andern sich wagen lassen, den Verkehr der Schelme, der Verschmitzten und Gewiegten unter sich, den kann man einzig ihrem eigenen Gesetze der größern Arglist überlassen; den Schutz des öffentlichen Strafgesetzes dagegen sollte man just vorzugsweise den leichtgläubigen Redlichen, den Arglosen, Unerfahrnen, den geistig Beschränkteren zuwenden. Aus dem gleichen Grunde auch eignet sich ganz besonders der Betrug zur Verhandlung vor einem größern Publikum; der Betrüger wie Keiner verdient es, in seinen Ränken und in seinem lügnerischen Wesen von einer größern Menge gekannt zu werden. — Im Fernern ist offenbar für eine gerechte und wahre Auffassung und Beur-

Digitized by Google

theilung der Betrugsanklagen, und zwar in beiden Richtungen (Schuld und Unschuld), die von schulmäßigen Beweistheorien befreite, die allgemeine Meinung, die volksrechtliche Würdigung aussprechende Jury das geeignetste Gericht. Es wird wohl nie einer Gesetzgebung gelingen, einen erschöpfenden, aber auch nach der Seite des Erlaubten hin richtig abgegrenzten Begriff dieses Deliktes aufzustellen. Die Frage „ob krimineller Betrug oder erlaubtes Geschäft"? löst sich schließlich doch in allen Gerichten nach den individuellen, moralischen Ansichten der Richter, nach ihren Anschauungen über Verkehr, nach den Ergebnissen ihres besonderen Berufslebens, nach ihren Erfahrungen, nach ihren Kenntnissen von der allgemeinen Volksmeinung in diesem Kapitel, und nach der sehr individuellen Würdigung der konkreten Verumständungen. Wer ist nun fähiger, diesen Maßstab der allgemeinen Verkehrsansichten und des volksrechtlichen Bewußtseins zu kennen und zu handhaben, die oft sehr eigenthümlichen, in jedem Falle anderen Verhältnisse des vielgestaltigen Betruges zu erfassen und richtig zu charakterisiren, zu entscheiden, ob die feine, oft bloß instinktiv fühlbare Grenze des Erlaubten überschritten sei, als die zwölf vereideten Männer aus dem täglichen Handel und Wandel, die selber dem Verkehre angehören? — Ebenso ist das Verfahren vor den Assisen zur Aufdeckung und Wahrnehmung der innern Momente, auf die es hier besonders ankömmt, geeigneter. Die Verhandlung ist umständlicher, gewissermaßen ernster, feierlicher; vor einem zahlreicher besetzten Gerichte, vor einem größern Publikum ist die Lüge genirter, als innerhalb vier Wänden; Widersprüche gegen die Evidenz lassen sich viel weniger an Mann bringen; unglaubwürdige, mit andern bewiesenen Umständen nicht übereinstimmende Exkulpationen können oft nur mit sichtlicher Mühe und Verlegenheit vorgebracht werden; Zeugen und Angeklagten imponirt das Bewußtsein von der Macht des gesunden Verstandes, der ungekünstelten, frischen, gesunden Beurtheilung der Verhältnisse und der Handlungen, — es beruhigt sie aber auch. Die äußere Form des Geschäfts, der ziviliſtische Schein des Rechts, die formelle Seite, die geschickte Verschleierung der betrügerischen Absicht ꝛc.,

Digitized by Google

das Alles fällt, wie bekannt, bei ständigen Gerichten immer noch zu sehr in's Gewicht; der Geschworne hält sich mehr an den innern, wahren Typus, an den materiellen Gehalt der vorliegenden Thatsachen; er wird nicht beirrt durch früher beurtheilte Fälle, eine meist sehr ungenaue und irreführende Vergleichung; er hat keine überlieferte Präzedentientheorie, die oft weit hinter den jetzt veränderten Verhältnissen und den im Verkehr und im Volke anders gewordenen Ansichten zurückgeblieben ist; er hat seine Begriffe und seine Anschauung nicht nach einer gewissen Routine gemodelt; er erfaßt und fühlt inniger den einzelnen Fall in seinem Kerne, in seiner Eigenthümlichkeit, in seiner Totalität; er konzentrirt seine ganze Aufmerksamkeit, seine Ueberlegung, sein Urtheil auf das einzige, ihm in diesem Augenblick Gegebene; wie er im Leben denkt und handelt, wie er sich nach seinem Gewissen beurtheilen müßte, so urtheilt er jetzt über den Andern; das Individuum, die Umstände, Vorangegangenes, Erklärendes, Treibendes mit dem endlich Gewordenen und Geschehenen, Persönlichkeit und Faktum steht ihm als ein konkret zu beurtheilendes Ganzes vor seinem praktischen Blick und seinem Gewissen.

---

## Das eheliche Güterrecht nach der aargauischen Gesetzgebung.

Von P. W.

### II.

Das Verfahren, welches beim Begehren einer solchen Sicherstellung eingehalten werden muß, ist durch eine Regierungsverordnung vom 24. Christmonat 1847 ausführlich festgesetzt. Wenn die Ehefrau selbst Sicherstellung verlangt, ist derselben vom Gemeinderath sofort ein Beistand ad hoc zu bestellen. Dann sind der Ehemann und die Frau über den Betrag des Frauengutes einzuvernehmen und es haben dieselben die amtlichen Ausweisschriften wie Testamente, Abtretungs- und Auskaufsverträge, Vormundschaftsrechnungeu, Beistandsberichte, Vermögensanweisungen u. s. w. vorzulegen. Wenn auf diese

Digitized by Google

Weise die Erhebung nicht vollständig aufgenommen werden kann, können auch die nächsten Verwandten und Verschwägerten vom Gemeinderath einvernommen werden. Das darüber geführte Protokoll ist von den Einvernommenen zu unterzeichnen. Gegen diese Vermögensschatzung durch den Gemeinderath ist ein Rekurs an das Bezirksgericht gestattet, welches nach Einsicht der Akten und Einvernahme der Betheiligten das Vermögen festsetzt.

Wenn nicht bloß Werthschriften, sondern auch Liegenschaften und Fahrhabe den Gegenstand des Vermögens bilden, sind diese durch den Gemeinderath des Heimathortes oder den des Wohnortes abzuschätzen und die daherige Schatzung ist den Eheleuten zu eröffnen. Haftende Schulden sind natürlich vom Vermögen abzuziehen; ebenso Verwendungen, welche durch den Ehemann zur Werthvermehrung der Liegenschaften der Frau gemacht worden sind. Auch gegen diese Schatzung kann beim Bezirksgericht rekurrirt werden.

Wenn einmal auf diese Art der Betrag des Frauengutes ermittelt ist, hat der Gemeinderath besondere Sicherheit zu bestellen. Diese wird geleistet, indem der Ehemann eine Spezialhypothek bestellt oder den Betrag des Frauengutes durch förmliche Fertigung von Verträgen um Liegenschaften dem neuen Besitzer mit Grundpfandrechten überbindet oder aber dem Gemeinderath grundpfändlich versicherte Schuldtitel zur Aufbewahrung übergibt. Bei Bestellung eines Grundpfandes muß dieses in einem solchen freien Güterwerthe bestehen, daß die Schatzung desselben den zu sichernden Betrag des Frauengutes um 20 Prozent übersteigt. Die Urkunde der Grundpfandbestellung wird vom Gemeinderath des Heimathortes des Ehemannes aufbewahrt; ebenso der zur Sicherstellung errichtete Ueberbund, wobei dem Schuldner die Zahlungsleistung an den Ehemann zu untersagen ist. Ebenso ist dem Schuldner der hinterlegten Schuldtitel das Verbot der Zahlung des Kapitalbetrages an den Ehemann anzuzeigen.

Wenn die nächsten Verwandten oder der Gemeinderath Sicherstellung verlangen, hat der Gemeinderath den Ehemann vorzuberufen und demselben das Verlangen zu eröffnen. Weigert

Digitized by Google

sich derselbe, zu entsprechen, so muß dem Bezirksgericht Anzeige gemacht werden, welches die Parteien einvernimmt und nach Lage der Akten entscheidet, ob wirklich Gefahr vorliege und also der Ehemann zur Sicherstellung pflichtig sei. Bei diesem Verfahren trifft die Beweislast natürlich den Gemeinderath und die Verwandten, welche die wirkliche Existenz einer Gefahr nachzuweisen haben. Ergibt sich, daß ein Verlust droht, so hat das Gericht den Ehemann zur Sicherstellung zu verhalten und demselben eine Frist von vierzehn Tagen zu bestimmen.

Die einmal vom Ehemanne geleistete Sicherheit kann nicht wieder aufgehoben werden, außer durch Bestellung einer neuen Sicherheit [1]). Hier kann weder der Wille der Frau, noch ihrer Verwandten, noch des Gemeinderathes selbst eine Abänderung der absolut verbindlichen Gesetzesvorschrift herbeiführen. Die neue Sicherheit muß natürlich vom Gemeinderath als genügend anerkannt werden, bevor die bereits geleistete zurückgezogen werden darf. Die Aufhebung der Sicherstellung ist auch dann nicht zulässig, wenn der Ehemann freiwillig von sich aus besondere Sicherheit geleistet hat, was demselben vom Gesetze ausdrücklich gestattet ist [2]).

Wenn der zur Sicherheitsleistung verhaltene Ehemann dieselbe nicht leisten kann, hat er die Hälfte des eingekehrten Gutes der Ehefrau eigenthümlich herauszugeben. [3]) Diese Befugniß geht nun freilich sehr weit, indem dieselbe den Grundsatz unseres ehelichen Güterrechtes selbst umkehrt. Das Eigenthum des Mannes hört auf und es muß der Stammbetrag der Hälfte des Vermögens der Ehefrau selbst eigenthümlich herausgegeben werden. Dem Manne bleibt bloß das Recht der Nutznießung; der Ertrag des Gutes ist dem Manne zu verabfolgen, während die Verwaltung der Frau zukommt. Es ist nur natürlich, daß es zu einer solchen das ganze ursprüngliche Rechtsverhältniß aufhebenden Aenderung eines gerichtlichen Entscheides bedarf, wie es durch das Gesetz ausdrücklich verlangt wird.

[1]) § 61 d. B. G. B.
[2]) § 58 d. B. G. B.
[3]) § 59 d. B. G. B.

Digitized by Google

Das herausgegebene Gut bleibt dann in der Verwahrung des Gemeinderathes und unter der Verwaltung der Ehefrau mit Mithülfe eines Beistandes; freilich nur so lange, bis der Ehemann Sicherheit leistet. Es wird eben dieses Verhältniß nur als ein exceptionelles betrachtet. Sofort nach der Sicherstellung fällt das Vermögen wieder in das Eigenthum des Mannes zurück. Nach dem bestehenden Gesetz kann sich die Härte ergeben, daß die Ehefrau wegen Herausgabe des Frauengutes nicht nur Vollstreckung anheben, sondern dieselbe bis zum Geltstag des Mannes betreiben kann. Es verbietet nämlich keine Gesetzesbestimmung diese etwas unnatürliche Rechtsverfolgung.

Hier kommt ebenfalls die Frage in Betracht, ob der Ehemann auch berechtigt sei, freiwillig die Hälfte des Frauengutes herauszugeben. Unzweifelhaft hat der Maun das Recht, freiwillig besondere Sicherheit zu leisten; daraus will man ihm analog auch das Recht ableiten, das Vermögen freiwillig herauszugeben. Wir glauben aber, dieses Recht unbedingt bestreiten zu müssen. Durch die freiwillige Herausgabe wird ein total verschiedenes eheliches Güterrecht geschaffen; wir haben getrenntes Eigenthum der Frau neben dem Vermögen des Mannes, also ein Rechtsverhältniß, welches mit § 53 im direkten Widerspruch steht. Nun sind aber durch § 65 d. B. G. B. „den gesetzlichen Vorschriften zuwiderlaufende Verträge der Ehegatten in Ansehung ihres Vermögens" geradezu verboten. Es ist daher auch unbestreitbar verboten, daß durch freiwillige Uebereinkunft der Ehegatten, also durch Vertrag, statt dem einzigen Eigenthum des Mannes, welches sämmtliches Vermögen der Ehegatten umfaßt, ein getrenntes Vermögen der Frau geschaffen werde. Wir müssen noch weiter gehen und behaupten, daß der Entscheid eines Gerichtes, welches eine solche freiwillige Herausgabe genehmigt, ein nichtiger ist. Würde eine solche Herausgabe später angefochten, so könnte auf eine solche Genehmigung, als auf eine mit dem Gesetz im Widerspruch stehende, keine Rücksicht genommen werden. Es ergiebt sich diese Folge als nothwendige Consequenz der unserm ehelichen Güterrecht zu Grunde liegenden Grundsätze. Diese Ansicht wird auch dadurch bestätigt, daß im

Digitized by Google

Gesetze eine solche Berechtigung des Ehemannes in keiner Weise anerkannt ist, während doch sogar dessen durchaus nicht so stark in das eheliche Güterrecht eingreifende Berechtigung zur Sicherstellung eine ausdrückliche Erwähnung findet.

Daß mit dem Geldstag jedes Verfügungsrecht des Ehemannes über das Frauengut erlischt, versteht sich von selbst.[1] Es wird dem Mann ja die Verfügung über sein eigenes Vermögen entzogen, um so mehr diejenige über das seiner Frau. Die Ehefrau meldet ihr Frauengut als Forderung im Geldstag an; das aus der Masse gerettete Vermögen wird von derselben unter Mitwirkung eines Beistandes verwaltet, welcher sofort nach Eintritt des Geldstages derselben vom Gemeinderathe beizugeben ist. Auch nach Aufhebung des Geldstages kann der Ehemann nur dann wieder Eigenthumsrechte über das Frauengut erwerben, wenn er für die Hälfte desselben im eingekehrten Betrag besondere Sicherheit leistet.[2] Diese Bestimmung ist durch die Vorsorge über Erhaltung des Frauengutes geboten.

Nachdem bisher die Grundsätze über das eheliche Güterrecht bei Lebzeiten der Ehegatten entwickelt worden sind, wenden wir uns zur Darstellung der Nachwirkungen desselben *nach dem Tode* eines der Ehegatten. Hier müssen die Fälle auseinander gehalten werden, ob Kinder aus der Ehe am Leben sind oder nicht.

Wenn Kinder aus der Ehe vorhanden sind und die Frau stirbt, bleibt der Ehemann Eigenthümer des Frauengutes wie bei Lebzeiten der Frau. Nur gehen „die Rechte, welche der Ehe„frau bezüglich des eingekehrten Gutes gegenüber dem Ehemann „zustehen, nach ihrem Tod auf ihre Kinder über." So spricht sich wenigstens mit klaren Worten § 64 des Familienrechtes aus. Dieser Bestimmung scheint allerdings § 894 des Erbrechtes zu widersprechen, welcher lautet: „Hinterläßt der Verstorbene nur Erben der ersten Klasse aus der Ehe mit dem überlebenden Ehegatten, so erhält dieser die ganze Verlassenschaft

[1] § 62 d. B. G. B.
[2] § 69 d. B. G. B.

Digitized by Google

zu lebenslänglicher Verwaltung und Nutznießung" und § 897: „Das Eigenthum der Verlassenschaft bleibt den Nachkommen des abgestorbenen Ehegatten."

Dieser Widerspruch läßt sich nun freilich lösen, indem man die „ganze Verlassenschaft" nur als das von dem einen Ehegatten Hinterlassene auffaßt. Das Ehevermögen wird mit dem Tode des einen Ehegatten in seine verschiedenen Bestandtheile zerlegt, nämlich in das vom Manne zugebrachte Vermögen, in das zugebrachte Frauengut und in die eheliche Errungenschaft.

Wenn nun der Mann stirbt, besteht dessen Hinterlassenschaft einmal aus dem zugebrachten Vermögen und der ganzen Errungenschaft. Eigenthümer dieser Hinterlassenschaft werden nun die Kinder aus der Ehe, und die Frau hat lediglich die Verwaltung und Nutznießung derselben. Das Frauengut aber wird nun wieder Eigenthum der Frau, welches dieselbe jetzt, da das Eigenthum des Mannes an demselben durch dessen Tod erloschen ist, frei ausübt, nur beschränkt durch die allgemeinen Gesetzesbestimmungen über die Handlungsfähigkeit der Frauenspersonen.

Wenn aber die Frau stirbt, bildet deren zugebrachtes Frauengut, resp. dessen Stammbetrag die Hinterlassenschaft. Die Kinder werden nun allerdings Eigenthümer derselben, aber nur im Sinne des §. 64, d. h. ihr Eigenthum beschränkt oder vielmehr verwandelt sich in dasjenige obligatorische Recht, welches der Ehefrau selbst in Betreff ihres Frauengutes zustand. Der Mann hat die Verwaltung und Nutznießung dieser Hinterlassenschaft, aber eben in der Weise, daß er als Eigenthümer über dieselbe verfügen kann, und nur für den Stammbetrag haftet. Die Erben haben also nur das Forderungsrecht auf das Frauengut geerbt.

Sind nur Kinder aus einer früheren Ehe vorhanden, so erhält der überlebende Ehegatte nur die Hälfte der Verlassenschaft zur lebenslänglichen Nutznießung und Verwaltung. Die andere Hälfte fällt diesen Kindern als unbeschränktes Eigenthum zu. [1])

[1]) § 895 b. B. G. B.

Digitized by Google

Sind aber Kinder aus der ersten und zweiten Ehe vorhanden, so bekommt der überlebende Ehegatte von dem Theil der Hinterlassenschaft, welcher den eigenen Kindern zufällt, das Ganze und von demjenigen, welcher den Nachkommen aus erster Ehe zufällt, die Hälfte zur lebenslänglichen Nutznießung und Verwaltung. [1])

Diese lebenslängliche Nutznießung und Verwaltung fällt aber für die Wittwe weg, wenn sich dieselbe wieder verehlicht. [2]) Es ist dabei der Gedanke maßgebend, daß allerdings die Kinder dann zur Benützung ihres Erbes näher berechtigt sind als ihre Mutter, wenn diese eine neue Eheverbindung schließt und dadurch das alte Familienband auflöst. Zudem wird derselben durch eine neue Heirath ein anderes ökonomisches Fortkommen gesichert, so daß das Gesetz dafür nicht mehr besorgt zu sein braucht.

Sind uneheliche Kinder des Verstorbenen vorhanden, welche die Hälfte der Verlassenschaft erben, so hat der überlebende Ehegatte die Hälfte dieses Erbtheiles zur lebenslänglichen Verwaltung und Nutznießung. Die Hälfte des Nachlasses aber fällt demselben eigenthümlich zu. [3])

Wenn nur Eltern, Geschwister und Großeltern erbberechtigt sind, erhält der überlebende Ehegatte die eine Hälfte der Hinterlassenschaft als Eigenthum, die andere zur lebenslänglichen Nutznießung. [4]) Sind aber nur entferntere Verwandte vorhanden, fällt dem überlebenden Ehegatten die ganze Verlassenschaft als Eigenthum zu. [5])

In all diesen Fällen übt auch die Wiederverehelichung der Wittwe keinen Einfluß auf ihr Erbrecht aus. Es ist dies zwar im Gesetz nicht ausdrücklich bestimmt, muß aber gerade aus diesem Stillschweigen gefolgert werden, da eine solche Beschränkung der gesetzlichen Regel nothwendig erwähnt sein müßte.

In allen diesen erbrechtlichen Bestimmungen ist der Grund-

---

[1]) § 896 b. B. G. B.
[2]) § 898 b. B. G. B.
[3]) §§ 899, 900 b. B. G. B.
[4]) § 901 b. B. G. B.
[5]) § 902 b. B. G. B.

Digitized by Google

satz anerkannt, daß das Eheband auch noch nach dem Tode des einen Ehegatten fortwirkt, und in vermögensrechtlicher Beziehung zur Folge hat, daß dem überlebenden wenigstens der Genuß des gesammten Ehevermögens lebenslänglich zugesichert bleibt. Es wird diese Berechtigung zu Eigenthum, wo nicht die nächste Blutsverwandschaft der Erben einen solchen Uebergang zu Eigenthum als unnatürlich und unbillig diesen Erben selbst gegenüber erscheinen ließe.

Daß die Erbschaftsschulden jeweilen von den wirklichen Erben getragen werden müssen, d. h. von denjenigen Berechtigten, welchen die Hinterlassenschaft als Eigenthum zufällt, versteht sich von selbst. Das Recht der Nutznießung verpflichtet dazu keineswegs, da eben die Nutznießung nur an der Verlassenschaft bestehen kann, wie dieselbe nach Abzug der Erbschaftsschulden als wirklicher Vermögenswerth sich ergibt.

Die erbrechtliche Nutznießung des überlebenden Ehegatten ist im Uebrigen den allgemeinen gesetzlichen Bestimmungen über die Fruchtnießung unterworfen. So haben namentlich auch die Erben das Recht, vom Nutzungsberechtigten Sicherheitsleistung zur Wahrung ihrer Eigenthumsrechte zu verlangen. Sofort mit dem Tode des Nutznießers wird das Eigenthum des Erben zu einem unbeschränkten, und er tritt in dessen Vollgenuß vermöge eigenen Rechtes, nicht etwa als Rechtsnachfolger des Nutzungsberechtigten. Der Erbe ist daher auch in keiner Weise gehalten, vom Nutznießer eingegangene Verbindlichkeiten irgend welcher Art zu erfüllen; denn er ist nicht Erbe des zuletzt verstorbenen Ehegatten, sondern Rechtsnachfolger des zuerst Verstorbenen.

Dieses gesetzliche Erbrecht kann nun durch letztwillige Verordnung, durch Eheverträge abgeändert werden.[1]) Dabei gelten die allgemeinen Vorschriften in Betreff letzter Willensverordnungen, sowohl in Bezug auf die Form der Errichtung, wie in Bezug auf den Pflichttheil, welcher durch Eheverträge ebensowenig verletzt werden darf. Nur muß bei deren Errichtung der Ehefrau noch ein Beistand beigegeben werden, welcher die-

[1]) §§ 957 u. ff. d. B. G. B.



Digitized by Google

selbe gegen Irrthum, Betrug und Zwang schützen muß, aber weiter keinen Einfluß auf den Ehevertrag ausüben darf. Dritte Personen, welche nicht Blutsverwandte sind, dürfen in solchen Eheverträgen nicht bedacht werden.

Wenn die Ehe nicht durch den Tod aufgelöst wird, sondern durch gerichtlichen Spruch auf Trennung oder Scheidung von Tisch und Bett, so erhält die Frau das von ihr zugebrachte Vermögen, der Ehemann alles Uebrige. Vorbehalten bleibt dabei ein allfälliger Entschädigungsbetrag, welchen der schuldige Theil an den andern zu leisten hat. [1])

Dieses sind die Grundsätze, welche die aargauische Gesetzgebung in Betreff des ehelichen Güterrechtes aufgestellt hat. Wir finden in demselben eine durch deutschrechtliche Ansichten bewirkte Umgestaltung des Dotalsystems, wobei aber immer der Gedanke des ausschließlichen Eigenthumes des Mannes am genannten Vermögen während der ungestörten Dauer der Ehe festgehalten wird. Die Ausnahmsfälle vermögen diesen Grundcharakter nicht zu verwischen, welcher offenbar mit bewußter Absicht zur Grundlage der einzelnen Bestimmungen gemacht ist.

---

## Fälle aus dem Wechselrecht.

Von Fürsprecher Ritter in Biel.

Im Nachstehenden theilen wir sämmtliche Entscheidungen des bernischen Appellations- und Kassationshofes mit, welche wechselrechtliche Fragen und Fälle betreffen, die seit der Einführung des Entwurfs einer schweizerischen Wechselordnung im Kanton Bern (1. Januar 1860) zur oberinstanzlichen Beurtheilung kamen. Wenn wir den Thatbestand und die Motivirung der einzelnen Urtheile etwas ausführlicher geben, als es vielleicht in der Aufgabe und dem Zwecke der neu organisirten Zeitschrift liegt, so mag uns der Umstand entschuldigen, daß es eine Materie betrifft, mit welcher die bernischen Juristen, wie

[1]) §§ 146, 147 d. B. G. B.

Digitized by Google

man sich aus den mitgetheilten Fällen sattsam überzeugen kann, noch sehr wenig vertraut sind. Wäre man sich über einige Kardinalfragen des Wechselrechts gehörig klar geworden, so würden die meisten der hienach folgenden Urtheile gar nie nöthig geworden sein.

## I. Wechselbürgschaft.

1. **Jeder Wechselbürge, und zwar der Nachbürge so gut wie die gewöhnlichen Bürgen, haftet dem Wechselgläubiger gegenüber selbstständig für die Wechselschuld und kann von diesem sogleich für's Ganze nach Wechselrecht belangt werden. Für das Rechtsverhältniß der Wechselbürgen unter sich, insbesondere für dasjenige zwischen Vor- und Nachbürgschaft macht dagegen das Civilrecht Regel. Deßhalb kann derjenige, welcher sich in einem Wechsel nur als Nachbürge verpflichtet hat, von seinen Vorbürgen die Rückerstattung alles dessen verlangen, was er dem Wechselgläubiger geleistet hat.**
2. **Ueber die Verjährung der Rückgriffsrechte, welche dem Bürgen, der den Wechsel eingelöst, seinen allfälligen Mitbürgen und dem Verbürgten gegenüber zustehen.**

Urtheil vom 1. Februar 1862; Gautschi-Krebs gegen Geiser.

Die faktischen Verhältnisse, welche zu den zwei in den überstehenden Rechtssätzen ausgesprochenen und erledigten Streitfragen Veranlassung haben, waren folgende:

Unterm 15. August 1860 stellte Fürsprech Dürig in Bern zu Gunsten des Hrn. Kummer-Stelzner einen auf Ende Dezember 1860 fällig werdenden Eigenwechsel aus, in welchem sich des Weitern die Notare J. Krugler und A. Geiser als Wechselbürgen und Cand. med. Gautschi-Krebs als Wechsel n a c h b ü r g e verpflichteten. Durch Indossament des Gläubigers kam dieser Wechsel in das Eigenthum des Hrn. J. J. Bänziger in Bern, welcher, als er am Verfalltage vom Aussteller keine Bezahlung erlangen konnte, den Wechsel am 2. Jänner 1861 sowohl dem Schuldner D. und den Bürgen K. und G., als auch dem Nachbürgen G.-K zur Zahlung präsentiren und, weil diese nicht erfolgte, protestiren ließ; allen Wechselverpflichteten wurden auch die amtlichen Zahlungsaufforderungen und Vollziehungsbefehle angelegt und gepfändet. Ein-

Digitized by Google

zig beim Nachbürgen G. fand sich pfandbares Vermögen vor. Dieser löste denn auch die Forderung ein und hob nun seinerseits gegen die beiden Vorbürgen die rechtliche Betreibung an. Beide erhoben aber gegen diese Zahlungsaufforderung, angeblich wegen Nichtschuld, Widerspruch und G. sah sich genöthigt, seine Rückgriffsrechte im Wege des Prozesses geltend zu machen. Zu diesem Behufe ließ er dem einen der beiden Vorbürgen, dem Hrn. G., unterm 13. April 1861 eine Klage insinuiren, wonach derselbe nach Wechselrecht verurtheilt werden sollte, die fragliche Wechselsumme sammt Zins, Prozeßkosten und Folgen zu bezahlen.

Dieser Klage setzte G. zunächst eine uneinläßliche Antwort entgegen, welche er auf Verjährung und verschiedene andere thatsächliche Behauptungen stützte, deren Beweis aber vollständig mißlang und die daher hier nicht weiter berücksichtigt werden. Bezüglich der Ersitzung des Klaganspruches brachte er an: die Klage des G.-K. bezwecke die Geltendmachung eines Regreßanspruches, denn der Kläger sei durch die Einlösung und Abtretung wechselrechtlicher Besitzer des fraglichen Wechsels geworden und mache aus diesem wechselrechtlichen Verhältnisse, speziell auch der Wechselbürgschaft, einen Anspruch gegen den Beklagten geltend. Hr. G.-K. habe aber bereits unterm 7. Februar 1861 vom Gläubiger B. den Wechsel eingelöst und erst am 13. April seine Klage ausgespielt, so daß seit der Einlösung weit mehr als ein Monat verflossen und die Wechselverbindlichkeit des Beklagten somit verjährt sei. Endlich verneinte er auch, daß er sich aus dem in Frage stehenden Wechselverhältniß, beziehungsweise aus der Verjährung eine Bereicherung verschaffe.

In seiner einläßlichen Antwort schloß der Beklagte in erster Linie auf Abweisung des klägerischen Rechtsbegehrens in seinem ganzen Umfange und eventuell insofern, als er mehr als 1/3, als 1/2, als 2/3 der gesammten Wechselschuld und Folgen verlange. Zu Begründung der vier Schlüsse seiner einläßlichen Hauptvertheidigung machte er geltend: Er und sein Mitbürge hätten sich nur unter der Bedingung verpflichtet, daß der Kläger ihrer Verpflichtung als gleich verpflichtet — und nicht bloß als Nachbürge — beitrete; durch diese Abänderung der ursprünglich verabredeten Verbindlichkeit sei diejenige des Beklagten bedeutend erschwert worden und würde auf diese Weise gar nie eingegangen worden sein. Der Kläger, welcher den Wechsel eingelöst, habe sich nicht für ihn, den Beklagten, verbürgt (§ 69 W. O.), und ebensowenig sei er Aussteller des fraglichen Wechsels. Ein rechtliches Verhältniß zwischen dem Kläger und dem Beklagten sei durch die Nachbürgschaft des Erstern nicht begründet worden und die Bestimmungen des Civil-

Digitized by Google

gesetzes könnten auf den Streitfall ebenfalls nicht Anwendung finden. Endlich sei der Kläger für seine Forderung vom Schuldner vollständig befriedigt worden, denn im Gantstag desselben habe sich ein bedeutender Vermögensüberschuß ergeben und alle Gläubiger seien vollständig angewiesen worden. Das Wechselrecht kenne keine Nachbürgschaft, der Kläger sei daher einfacher Mitbürge mit den beiden andern und könne, weil zwischen den beiden Wechselbürgen keine Solidarität bestehe, von diesen nur einen Drittel, resp. die Hälfte (wenn das Nachbürgschaftsverhältniß anerkannt werde), resp. von dem einen der drei gleichmäßig Verpflichteten nur zwei Drittel (wenn die Solidarität angenommen werde) der ganzen Forderung verlangen.

In seiner Replik brachte der Kläger rücksichtlich der rechtlichen Gesichtspunkte, auf welche der Beklagte seine Einwendungen fundirte, Folgendes an: Der Rückgriff eines Bürgen, der einen Wechsel eingelöst, auf den Wechselschuldner, für den er sich verbürgt, oder auf seine Mitbürgen müsse auf dem ordentlichen Civilwege (nicht im eigentlichen Wechselprozeß) erledigt werden. Das rechtliche Verhältniß zwischen dem einlösenden Nachbürgen einerseits und dem Vorbürgen und Wechselschuldner andrerseits sei kein wechselrechtliches und zudem könne von einer Verjährung des Klagsanspruches um so weniger die Rede sein, als das Wechselrecht zwischen dem Aussteller eines trassirten Wechsels (§ 83 u. ff.) und dem Schuldner eines eigenen Wechsels (§ 89 und 90) einen Unterschied statuire.

Der Appellations- und Kassationshof trat unterm 1. Februar 1862 der Anschauungsweise des Klägers bei, wies die uneinläßliche Antwort des Beklagten ab und sprach das Klagsbegehren zu, in Betrachtung:

I. betreffend die prozeßhindernde Einrede des Beklagten:

1) daß Hr. Gautschi den fraglichen Wechsel als Nachbürge unterzeichnet hat und nunmehr den Beklagten als Bürgen um Ersatz der Summe belangt, die er in jener Eigenschaft zur Einlösung des Wechsels bezahlt habe;

2) daß — wenn man von der Ansicht ausgeht, für die Regelung des Verhältnisses der Bürgen unter sich und insbesondere der Ersatzansprüche eines Nachbürgen gegen den Bürgen seien allein die gewöhnlichen Bestimmungen des Civilrechts maßgebend — von einer Ersitzung des eingeklagten Anspruchs nicht die Rede sein kann, da dieses Gesetzbuch hiefür eine Frist von zehn Jahren festsetzt, die hier aber bei Weitem nicht abgelaufen wäre;

3) daß — geht man von der andern Ansicht aus, derjenigen

Digitized by Google

nämlich, daß hier die Vorschriften des Wechselrechts über Verjährung zur Anwendung kommen — eine Erlöschung der Regreßansprüche des Klägers ebensowenig angenommen werden kann, da die §§ 83 und 85, auf welche der Beklagte seine peremtorische Einrede gründet, lediglich auf gezogene Wechsel sich beziehen, der im Streit liegende Anspruch aber aus einem Eigenwechsel hergeleitet wird, in Betreff welcher nach § 90 eine andere Verjährungsfrist, nämlich diejenige eines Jahres vom Verfallstage hinweg festgesetzt ist, welche auch hier zur Zeit der Klagsausspielung nicht abgelaufen war.

II. Betreffend das Rechtsbegehren der Klage:

1) daß die Behauptung des Beklagten, Hr. Gautschi habe sich ursprünglich mit ihm und Hrn. Notar Krugler verpflichtet, in gleicher Eigenschaft wie sie oder gemeinschaftlich mit ihnen als dritter Mitbürge den Wechsel zu unterzeichnen, dann aber denselben, entgegen dieser Abrede und ohne ihr Vorwissen bloß als Nachbürge unterzeichnet, nicht erwiesen worden ist, indem Hr. Gautschi, dem hierüber der Eid zugeschoben worden, in seiner eidlichen Abhörung diese Behauptung ausdrücklich in Abrede gestellt hat;

2) daß mithin dieses Vertheidigungsfundament mit allen daraus gezogenen Folgerungen dahin fällt und anzunehmen ist, Hr. Gautschi sei dem fraglichen Wechselverhältnisse nie anders, als in der Eigenschaft eines Nachbürgen beigetreten;

3) daß nun allerdings das bernische Wechselrecht von der gewöhnlichen civilrechtlichen Nachbürgschaft nicht spricht, daß hieraus aber keineswegs die völlige Nichtigkeit und Bedeutungslosigkeit eines derartigen Beitritts resultirt;

4) daß vielmehr wegen den besondern und eigenthümlichen Vorschriften des Wechselrechts über Protest und Klage ꝛc., wonach der Wechselgläubiger mit der Behaftung des Nachbürgen nicht warten kann, bis die Bürgen ausgeklagt sind, angenommen werden muß, es sei die Stellung des Nachbürgen gegenüber dem Wechselgläubiger die nämliche, wie diejenige der Bürgen, d. h. auch der Nachbürge könne wie diese sogleich und für das Ganze belangt werden;

5) daß aber die Bedeutung und Wirksamkeit dieser modifizirten oder dieser Art der Bürgschaft dann wieder zu Tage tritt, wenn es um die Feststellung des Verhältnisses der Bürgen unter sich zu thun ist, und daß hier nun nach der unzweifelhaften civilrechtlichen Bedeutung des Wortes Nachbürgschaft dem Nachbürgen das Recht zuerkannt werden muß, von den Bürgen die Rückerstattung alles dessen zu verlangen, was er dem Gläubiger geleistet hat;

6) daß endlich die Bürgen sowohl nach dem Civilrecht als

Digitized by Google

nach dem Wechselrecht, wenn keine Ausnahme ausdrücklich stipulirt ist, solidarisch für's Ganze haften.

Ueber dieses Urtheil einige Bemerkungen. Was die Motivirung des Entscheides über die uneinläßliche Antwort betrifft, so hätte das Gericht füglich eine bestimmte Ansicht darüber aussprechen dürfen, ob im vorliegenden Falle bezüglich der Verjährungsfristen das Wechsel- oder aber das Civilrecht Regel mache; bei Begründung des Urtheils in der Hauptsache spricht es sich ja dann doch selbst dahin aus, das Verhältniß des Wechselbürgen rücksichtlich seiner Schadloshaltung gegenüber demjenigen, dessen Verbindlichkeit er mit übernommen, beziehungsweise zu seinen allfälligen Mitbürgen liege außer dem Wechselrecht und werde lediglich durch das Civilrecht normirt. Wenn aber das ganze Verhältniß nach Civilrecht zu beurtheilen ist, so müssen die daherigen Rückgriffsrechte auf Hauptschuldner und Mitverpflichtete (Mitbürgen) auch während der ordentlichen civilrechtlichen Verjährungsfrist (zehn Jahren) geltend gemacht werden können.

Daß das Rechtsverhältniß des Bürgen zu demjenigen, für welchen er sich verbürgt, und zu seinen allfälligen Mitbürgen, resp. Vorbürgen lediglich nach civilrechtlichen Grundsätzen zu beurtheilen ist, kann keinem gegründeten Zweifel unterliegen, da dieser Satz nicht nur in allen Gesetzgebungen, sondern auch in den Motiven zu unserem Gesetze (§ 69) ausdrücklich anerkannt wird. Der Bürge, welcher den Wechsel vom Gläubiger einlöst, kann also seine Rückgriffsrechte gegenüber dem Verbürgten, resp. den Mitbürgen nur auf dem Wege des gewöhnlichen Schuldbetreibungsverfahrens, beziehungsweise des Civilprozesses — wenn das Recht auf Schadloshaltung bestritten wird — verfolgen. Der erste schweizerische Entwurf (§ 71) wollte auf den den Wechsel einlösenden Bürgen alle Rechte des Wechselgläubigers übergehen lassen und ihn berechtigen, seine Schadloshaltung von demjenigen, zu dessen Gunsten er sich verbürgt hat, ebenfalls nach Wechselrecht zu fordern. Auf Renauds Kritik hin wurde jedoch diese Singularität beseitigt. — Anders ist dagegen das Verhältniß des Bürgen zu den Vormännern des-

Digitized by Google

jenigen, für welchen er sich verbürgt. Steht dieser in einem solchen Wechselrechtsverhältnisse, daß er selbst, hätte er bezahlt, Regreß nehmen oder Schadloshaltung fordern könnte, so hat der Avalist eben dieselben Rechte. Wer also einem Indossanten als Bürge beitritt, hat den Regreß an die Vormänner und den Trassanten, wenn er durch Zahlung in die Rechte des Indossanten eintrat (Wächter). Von diesen wechselrechtlichen Ansprüchen und Regreßrechten ist in § 69 der W. O. die Rede.

Durch Aufnahme der wenigen Bestimmungen über Bürgschaft wollte der Gesetzgeber überhaupt nur das Institut der Bürgschaft auch im Wechselrecht anerkennen, im Gegensatz zu manchen andern Gesetzgebungen, welche davon nicht reden und jede Unterschrift auf einem Wechsel nur als Mitverpflichtung gelten lassen; er stellte aber lediglich die der Natur der Wechselverbindlichkeit angemessenen Bestimmungen auf, daß jeder Wechselbürge auf die beneficia excussionis und divisionis verzichte. Um das Detail der verschiedenen vorkommenden Bürgschaftsverpflichtungen kümmert sich das Wechselrecht nicht weiter, es ist Sache des Civilrechts.

---

# Rechtsprechung in Civilsachen.

## I. Bern, alter Kantonstheil.

### Zwei Urtheile des Richteramts Bern vom 26. Dez. 1864, betreffend Verantwortlichkeit der Eisenbahngesellschaften.

a) Im August 1864 langte auf der Oronbahn, Station Bern, ein Faß Terpentinöl an, das in einem so üblen Zustand sich befand, daß der Inhalt zum großen Theile bereits ausgeronnen war. Die von der Eisenbahnverwaltung beigezogenen Zeugen erklärten, daß das Rinnen von der schlechten Beschaffenheit des Fasses herrühre, welches den Transport von Bordeaux nach Bern schon wegen seines Alters nicht habe aushalten können; dagegen wurde ebenfalls konstatirt, daß man diesen Mangel bereits bei der Aufgabe des Fasses in Bordeaux hätte erkennen können und daß dessenungeachtet dasselbe sowohl in Bordeaux durch die dortige Eisenbahngesellschaft als dann später in Genf durch die Oronbahn ohne alle Reklamationen zum Weitertrans-

Digitized by Google

port übernommen worden war. – Der Richter sprach den Klägern (Hausmann und Lambelet in Bern) ihr Rechtsbegehren, nach welchem sie von der Oronbahn Ersatz des ihnen aus dem Manco erwachsenen Schadens verlangten, zu, unter Annahme folgender Motive:

in Betrachtung:

daß der Oronbahn als Frachtführer der Beweis oblag, daß der eingetretene Manco von 147½ Pfund Terpentinöl von dem schon bei der Aufgabe des Fasses vorhandenen mangelhaften Zustande, namentlich von dem Alter desselben herrührt, ohne daß ihr selbst oder ihrem Vormanne ein Verschulden beigemessen werden kann;

daß zwar nach dem Resultate der Beweisführung das Faß zum Transport von Bordeaux nach Bern zu alt war, und daß seinem Alter das Rinnen zuzuschreiben ist;

daß aber auch konstatirt wurde, daß dieser Mangel von der übernehmenden Bahn erkannt werden konnte, und daß sie demnach hinsichtlich des Weitertransports des Fasses ein Verschulden trifft *);

daß überdieß aus der Beweisführung erhellt, daß die Bahn auch beim Transport der Waare wenigstens in der Beziehung nicht sorgfältig genug gewesen ist, daß sie unterließ, die beschädigten Faßreifen auszubessern und zu erneuern.

b) Am 15. September 1862 übergaben die Herren Dür und Comp. in Burgdorf der Centralbahngesellschaft auf der Station Burgdorf eine Balle Stiefelschäfte zur Spedition an Hrn. N. Brupbacher in Wädenschwyl, Kantons Zürich. Als der Adressat um Zahlung angegangen wurde, bestritt er den Empfang der Waare, und es stellte sich später heraus, daß dieselbe zwar richtig auf der Centralbahn und Nordostbahn nach Zürich gelangte, dann aber auf dem Zürchersee während des Transportes durch die Schiffsgesellschaft verschwunden war.

Die von den Herren Dür und Comp. bei der Schiffsgesellschaft erhobenen Reklamationen blieben unberücksichtigt, indem sich dieselbe auf die Bestimmungen des zürcher'schen Gesetzes berief, wonach die Garantiezeit des Frachtführers auf sechs Monate beschränkt ist. Da nun allerdings von den Herren Dür und Comp. wegen Unkenntniß dieser gesetzlichen Vorschrift erst nach Ablauf jener Frist reklamirt worden war, so mußten

*) Art. 395 deutsches Handelsrecht: „Der Frachtführer haftet, wenn er nicht beweist, daß der Schaden durch äußerlich nicht erkennbare Mängel der Verpackung entstanden ist." Vrgl. Art. 288 u. 291 Entwurf des schweiz. Handelsrechts.

Digitized by Google

sie ihren Anspruch gegenüber der Schiffsgesellschaft fallen lassen und die Centralbahngesellschaft als Aufgabebahn direkt in's Recht fassen.

Sie machten hierbei geltend, daß die Centralbahn die Spedition der fraglichen Waare bis nach Wädenschwyl übernommen habe, daß sie demnach als Speditor für die Handlungen ihrer Zwischen- und Anschlußspeditoren wie für ihre eigenen zu haften habe, daß dieser Grundsatz der unbedingten Haftpflicht der Aufgabebahn für die Handlungen der Zwischen- und Anschlußbahnen in ganz Frankreich und auch in einigen deutschen Ländern anerkannt werde, daß derselbe ferner in die deutschen und schweizerischen Handelsgesetzentwürfe übergegangen sei, daß aber unter dieser Voraussetzung nicht die Herren Dür und Comp., sondern die Centralbahngesellschaft als ihr «commissionnaire de transport» (Speditor) dafür zu sorgen hatte, wie sie sich den Rückgriff gegen die fehlbare Anschlußbahn oder Transportgesellschaft im Kanton Zürich sichere; daß zudem die Regulirung dieser Verhältnisse den verschiedenen Gesellschaften viel leichter möglich ist, als den hiesigen Handelsleuten gegenüber den kantonsfremden Transportanstalten, daß endlich der Speditionsvertrag zwischen den Versendern und der Centralbahn nicht im Kanton Zürich, sondern im Kanton Bern abgeschlossen wurde und somit unter bernischen Gesetzen steht, welche die Beschränkung der Garantiezeit auf sechs Monate nicht kennen.

Seitens der Centralbahngesellschaft wurde vorerst bestritten, daß sie als Speditor der Kläger zu betrachten sei; sie sei vielmehr als einfacher Transportführer nur für den Transport auf ihrer Strecke und für die gehörige Ablieferung an die richtige Anschlußbahn haftbar; jedenfalls aber müssen ihr diejenigen Einwendungen zustehen, welche der fehlbaren Anschlußbahn zugestanden wären, und da diese letztere nach zürcher'schem Gesetz nicht mehr haftbar sei, so sei auch die Centralbahn als liberirt zu betrachten.

Der Richter sprach der Beklagten ihre prozeßhindernde Einrede zu,

in Betrachtung:

1) daß das bernische Civilgesetzbuch keine Bestimmungen enthält bezüglich der Frage, ob die Verwaltung einer Eisenbahn, welcher Waaren zum Transport an einen außerhalb ihres Schienennetzes liegenden Ort übergeben werden, auch für den Verlust der Waare haftet, welcher erst auf einer Anschlußbahn oder unter einem andern nachfolgenden Frachtführer eingetreten ist;

2) daß daher der Richter diese Frage in Gemäßheit des

Digitized by Google

§ 296 P. nach den allgemeinen Grundsätzen der Gesetzgebung und des Rechts zu entscheiden hat;

3) daß zwar viele Lehrer des deutschen Civil- und Handelsrechtes für die Länder des gemeinen deutschen Rechtes den Grundsatz als geltend hinstellen, daß der Spediteur bezüglich des Zwischenspediteurs nur für culpa in eligendo, nicht aber für alle Handlungen des letztern haftet, und daß dieser Grundsatz auch auf den das Gebiet mehrerer Eisenbahnverwaltungen durchlaufenden Eisenbahntransport seine Anwendung findet;

4) daß dagegen der Code de commerce Art. 99 den commissionnaire de transport auch für die Handlungen des Zwischen-Commissionärs verantwortlich erklärt, und daß die französische Jurisprudenz diese Bestimmung auch auf den durch die Eisenbahnen vermittelten Transport anwendet und demzufolge die Aufgabebahn auch für die Handlungen der Anschlußbahnen haften läßt;

5) daß auch einige Lehrer des deutschen Rechtes dem im Code de commerce enthaltenen Grundsatze selbst für die Länder des gemeinen deutschen Rechtes allgemeine Geltung beimessen, und daß bei Berathung sowohl des deutschen als des schweizerischen Handelsgesetzentwurfes die Mehrheiten der betreffenden Kommissionen sich für den Grundsatz ausgesprochen haben, daß der Frachtführer auch für die Zwischenfrachtführer haftet und daß auch der Eisenbahntransport diesem Grundsatz unterworfen ist;

6) daß das Interesse und Bedürfniß des Handels für die Geltung dieses Grundsatzes spricht;

7) daß unter diesen Verumständungen der bernische Richter dem im Code de commerce und den neuen Entwürfen eines deutschen und schweizerischen Handelsgesetzbuches anerkannten Rechtsgrundsatz den Vorzug geben muß;

8) daß jedoch bei Anwendung dieses Grundsatzes die Landesgesetze, unter welchen die verschiedenen Eisenbahnen und Frachtführer stehen, welche ein bestimmtes Frachtgut befördert haben, nicht außer Acht gelassen werden dürfen;

9) daß dieser Grundsatz denn auch in Art. 293 des Entwurfs eines schweizerischen Handelsrechtes in der Weise Anerkennung gefunden hat, daß der abliefernde Frachtführer für den Verlust an Gewicht und Maaß, den er oder seine Vormänner bei Uebernahme des Gutes auf dem Frachtbriefe anerkennen ließen, nur insoweit verantwortlich ist, als der Verlust den auf dem Gebiete des frühern Frachtführers geltenden Normalsatz übersteigt;

10) daß in Anwendung des nämlichen Grundsatzes die Haft-

Digitized by Google

pflicht derjenigen Bahn, welche die Waare zum Transport in Empfang genommen hat, für Verluste, die erwiesenermaßen nicht auf ihrem Gebiete eingetreten sind, nicht länger dauern kann, als die Haftpflicht der ihr gegenüber regreßpflichtigen Anschlußbahnen und anderweitigen Frachtführer;

11) daß nun die Haftpflicht der Anschlußbahnen und sonstigen nachfolgenden Frachtführer sich nach den Gesetzen ihres Landes richtet, und daß dieselben sich kaum werden bereden lassen, auf Vortheile, welche ihnen nach der Landesgesetzgebung zustehen, zu Gunsten anderer Bahnverwaltungen oder Privaten zu verzichten;

12) daß als solcher Vortheil vorzüglich die kurze Verjährungsfrist erscheint, welche der Code de commerce und die neuern Handelsgesetze hinsichtlich der Entschädigungsklagen gegen Frachtführer bestimmen;

13) daß von einer Eisenbahnverwaltung, welche einer Gesetzgebung unterworfen ist, die für die erwähnten Rechtsansprüche keine verkürzten Verjährungsfristen kennt, und welche den Transport einer Waare übernimmt, welche an einen unter einer, andern Verjährungsgrundsätzen huldigenden Gesetzgebung stehenden Ort adressirt ist, nicht angenommen werden kann, daß sie sich stillschweigend bezüglich der ganzen Transportstrecke den Bestimmungen der in ihrem Lande geltenden Gesetzesbestimmungen unterworfen und damit unter gewissen Voraussetzungen eine ausgedehntere Haftpflicht über sich genommen habe, als diejenige ist, unter welcher die ihr nachfolgenden regreßpflichtigen Anschlußbahnen und Frachtführer stehen;

14) daß es außerdem als ungerecht erscheinen würde, einer Eisenbahnverwaltung gegenüber die strengen vom Code de commerce und den neuern Gesetzgebungen bezüglich der Frachtführer aufgestellten Bestimmungen anzuwenden, dagegen sie nicht auch der vortheilhaften Bestimmungen dieser Gesetzgebungen theilhaftig werden zu lassen, sofern die Anwendung dieser letztern durch positive Gesetzesbestimmungen nicht unmöglich gemacht ist;

15) daß im vorliegenden Falle die Centralbahn die von Hrn. Dür empfangene Waare laut Adresse nach einem im Kanton Zürich liegenden Orte spediren mußte;

16) daß konstatirt ist, daß sie die Waare der Nordostbahn als ihrer Anschlußbahn übergeben hat und daß dieselbe erst von einem spätern Frachtführer verloren wurde;

17) daß sowohl die Nordostbahn als der spätere wirklich im Fehler liegende Frachtführer dem zürcherischen Civilgesetzbuch unterworfen sind, welches die Haftpflicht eines Frachtführers be-

Digitized by Google

züglich verloren gegangener Gegenstände auf sechs Monate beschränkt;

18) daß der Kläger diese sechsmonatliche Verjährungsfrist unbenutzt verstreichen ließ;

19) daß die Centralbahn bezüglich der Dauer ihrer Haftpflicht unter den obwaltenden Verumständungen berechtigt ist, sich auf das Zürchergesetz zu berufen. 12.

---

## II. JURA BERNOIS.

### Billets à ordre, souscrits par des non-négociants portant en même temps des signatures de négociants. — Le tribunal consulaire est-il toujours compétent pour en connaître? — Jurisprudence sur la matière. —

On appelle *billet à ordre* celui par lequel la personne qui le souscrit s'oblige à payer à une autre personne ou à son ordre une certaine somme à une époque déterminée. En règle générale on peut dire que la loi (Code de com.) assimile les caractères du *billet à ordre* à ceux de la *lettre de change* et que les mêmes règles s'appliquent à l'un et à l'autre. Il y a cependant certaines différences essentielles résultant notamment: *a.* de ce que la lettre de change implique remise d'argent de place en place, tandis que le billet à ordre peut très-bien être payable au lieu même où il a été souscrit; *b.* de ce que le tireur de la lettre de change donne mandat au tiré de payer au porteur ou à ses cessionnaires, tandis que dans le billet le signataire prend l'engagement de payer lui-même; *c.* de ce que la prescription n'est pas toujours la même dans les deux espèces.

Une autre différence importante est celle prévue par l'art. 187 C. com. qui, après avoir assimilé les billets à ordre aux lettres de change, porte *in fine:* «Sans préjudice des dispositions relatives aux cas prévus par les art. 636, 637 et 638.» — Chacun sait, qu'en matière de lettre de change, la forme emporte le fond; que celui qui s'oblige comme tireur, accepteur ou endosseur, lors même qu'il ne serait point commerçant ou qu'il ne serait point obligé à l'occasion d'une opération commerciale, est néanmoins tenu et obligé commercialement et conséquemment justiciable du tribunal commercial et contraignable par corps. Il n'en est pas tout à fait de même

Digitized by Google

quant au billet à ordre; la simple circonstance qu'on est tenu en vertu d'un semblable billet ne donne point à l'obligation un caractère commercial et ne rend point nécessairement le débiteur justiciable du tribunal commercial et contraignable par corps.

Ce principe est consacré par l'art. 636 C. com. lequel donne rarement lieu à interprétation. La même observation s'applique à l'art. 638; la présomption indiquée dans le 2e alinéa de ce dernier article dépend de la profession du souscripteur.

L'art. 637 est conçu dans les termes suivants:

« Lorsque ces lettres de change [1]) et ces billets à ordre [2])
« porteront en même temps des signatures d'individus né-
« gociants et d'individus non-négociants, le tribunal de com-
« merce en connaîtra, mais il ne pourra prononcer la con-
« trainte par corps contre les individus non-négociants, à
« moins qu'ils ne se soient engagés à l'occasion d'opéra-
« tions de commerce, trafic, change, banque ou courtage.»

Comme on le voit, cet article s'occupe de la *compétence* en matière de lettres de change et de billets à ordre d'une certaine catégorie. Mais comme cette question de compétence ne peut être tranchée sans examen des faits et circonstances de la cause, que ceux-ci dépendent tant de la qualité de la personne débitrice que de la nature de l'opération, il n'est pas étonnant que l'art. 637 ait donné lieu à des contestations judiciaires, et ces contestations n'ont pu être vidées d'une manière univoque et d'après un principe strict, mais elles ont dû être abandonnées à l'appréciation des tribunaux.

Nous avons cru, dans l'intérêt de nos lecteurs et de la chose elle-même, devoir rechercher dans les arrêts de notre Cour d'appel tout ce qui a trait à la matière. Nous avons pensé qu'il suffisait de remonter à l'année 1850 et nous donnons ici les *cinq* arrêts qui ont été rendus sur des exceptions d'incompétence, en en transcrivant textuellement les motifs que nous faisons précéder d'un exposé sommaire des faits.

---

[1]) C'est-à-dire celles qui aux termes de l'art. 112 C. com. ne sont réputées que *simples promesses.*

[2]) Ceux dont il est parlé en l'art. 636.

Digitized by Google

1) *Arrêt du 8 mai 1851. François Chaignat, Etienne Oeurray, Ignace Merguin, Joseph Brossard,* tous cultivateurs, appelants, *contre Hypolite Choulet,* banquier, intimé.

Le 21 avril 1850 les appelants souscrivaient, les deux premiers comme débiteurs et les deux autres comme cautions, solidairement à l'ordre de Joseph Seuret, un billet à ordre de fr. 6593. 70, valeur reçue en espèces et payable à présentation. Ce billet fut endossé à Choulet qui assigna les souscripteurs devant le tribunal consulaire sur le 10 décembre 1850. Le Tribunal de Porrentruy s'est déclaré compétent. Il n'y a pas eu protêt.

La *Cour suprême* a reformé le jugement par les motifs suivants :

« Que le billet dont s'agit a pour cause un simple prêt d'argent et qu'il est constant et reconnu que les divers signataires d'icelui ne sont pas commerçants;

« Que dès lors l'exception foridéclinatoire soulevée par les défendeurs est fondée;

« Que c'est vainement que de la circonstance de l'endossement de ce billet par Seuret à Choulet on veut en inférer l'application à l'espèce de l'art. 637 c. com. car il est à remarquer que si entre Seuret et Choulet les relations qui naissent de cet endossement étaient commerciales, cet acte purement facultatif de la part de Seuret et auquel les défendeurs sont étrangers, n'a pas pu avoir pour effet de soustraire à la juridiction ordinaire les relations qui existaient entre les défendeurs et Seuret, et que de son côté ce dernier n'a pas pu transmettre sous ce rapport à Choulet d'autres droits vis-à-vis des défendeurs que ceux qui lui compétaient à lui-même; attendu enfin que si même il existait des doutes, ils devraient d'après les principes, s'interpréter en faveur de la juridiction ordinaire et contre la juridiction commerciale qui *est d'exception.* P. c. m. La Cour adjuge.

2) *Arrêt du 18 août 1854. Jean-Baptiste Froidevaux,* cultivateur, appelant, *contre Eugène Bunot,* banquier, intimé.

Le 2 novembre 1853 Froidevaux souscrivit au profit de Choulet, alors banquier, un billet à ordre, valeur censée à la décharge d'un tiers, de fr. 3104. 55, payable le 2 mars 1854 et endossé à Bunot le 5 novembre 1853. Ce billet

Digitized by Google

ayant été protesté à l'échéance, le porteur Bunot assigna aussi bien le souscripteur que le sieur Choulet son cédant en payement de la somme ci-dessus. Froidevaux souleva l'exception d'incompétence du tribunal consulaire de Porrentruy, alléguant que la cause du billet est expressément stipulée comme formant partie d'un prix de vente, qu'il ne s'agit donc pas d'une affaire de commerce.

La Cour d'appel et de cassation, confirmant le jugement de première instance, rejeta l'exception d'incompétence par les motifs suivants :

« Que bien que le billet à ordre en question ne portait primitivement que la signature d'un individu non négociant, que celle d'un individu négociant (Choulet) y fut ajoutée par la cession de la première, de sorte que le dit billet lorsqu'il parvint entre les mains de Bunot portait les signatures d'un individu négociant et d'un individu non négociant;

« Que la signature d'un seul individu négociant suffit pour établir la compétence du tribunal de commerce;

« Que la loi (art. 637 C. com.) ne fait sous le terme « des signatures d'individus négociants » aucune différence entre le tireur et l'endosseur. P. c. m. La Cour confirme.

3) *Arrêt du 4 décembre 1854. Henri-Joseph Tonnerre*, cultivateur, excipant et appelant, *contre Joseph Seuret*, négociant, intimé.

Le 12 novembre 1853 Tonnerre souscrit au profit de Seuret un billet à ordre de fr. 2527. 20, causé pour valeur à la décharge de Boechat fils, payable fin janvier 1854. Ce billet ayant été protesté, Seuret actionna le souscripteur devant le tribunal consulaire. Tonnerre souleva l'exception d'incompétence. Le tribunal de première instance rejeta cette exception; mais la Cour la reconnut fondée par les motifs suivants:

Considérant:

« Que Henri-Joseph Tonnerre a souscrit sous la date du 12 novembre 1853 en faveur de Joseph Seuret un billet portant la somme de fr. 2527. 20, et en payement de laquelle il est recherché par Seuret devant le tribunal de commerce dont la compétence est contestée par Tonnerre par le motif qu'il n'est pas commerçant et que l'engagement souscrit par lui n'a pas pour occasion une opération de commerce;

« Que dans le billet dont s'agit aucune autre cause n'est

Digitized by Google

indiquée que celle que le montant en question sera payé à la décharge de Boechat fils ;

« Que dès lors cette obligation n'est autre chose qu'un cautionnement consenti par Tonnerre pour un engagement contracté par Boechat, motif pour lequel Tonnerre qui n'est incontestablement pas commerçant ne serait tenu de se soumettre à la juridiction consulaire que s'il était prouvé que la somme dûe à Seuret par Boechat et pour laquelle Tonnerre s'est constitué caution a trait à une opération de change ou de commerce, preuve qui n'a toutefois pas été administrée, attendu :

*a.* « Que cela n'appert point du billet même et qu'il n'y est point fait mention de la cause primitive de l'engagement de Boechat envers Seuret;

*b.* « Que Seuret n'a pas même fait l'essai d'une preuve et que de la simple circonstance, quoique non contestée, que Boechat est marchand de bois, il n'en résulte point que la dette en faveur de Seuret est une dette commerciale, qu'une supposition à cet égard n'est néanmoins pas admissible, vu que la juridiction consulaire est une juridiction exceptionnelle et que dès lors l'existence des faits propres pour l'établir doit être entièrement prouvée par celui qui prétend à cette juridiction ;

« Qu'au surplus Seuret a attaqué d'abord Tonnerre comme débiteur principal, sans rechercher en payement, au préalable, Boechat: que dès lors en tant que cela concerne les débats de la cause, il n'y a aucune connexion entre Tonnerre et Boechat et que déjà par ce motif il ne peut nullement dépendre à quelle juridiction ce dernier serait soumis, s'il était de même attaqué ;

« Que plutôt Tonnerre, comme seul défendeur, ne peut être actionné que devant la juridiction qui est fondée pour lui personnellement, attendu qu'il ne serait tenu d'accepter la juridiction consulaire — qui peut être invoquée pour Boéchat — même au cas où il aurait été recherché en payement par celui-ci. P. c. m. La Cour adjuge.

4) *Arrêt du 22 janvier 1855. Charles Braichet,* ancien préfet, excipant, appelant, *contre Joseph Choffat,* banquier, intimé.

Il s'agit d'un billet à ordre du 15 mars 1853, payable au 15 mars 1854, souscrit par D. Brossard, avocat, comme débiteur principal, et Braichet comme caution solidaire, au



Digitized by Google

profit de Jules Block, négociant, valeur fr. 5000, en espèces versées au dit Brossard. Ce billet fut endossé à divers négociants et en dernier lieu au banquier Choffat qui après protêt assigna Block et les deux souscripteurs. A l'audience Braichet seul souleva la question d'incompétence. Le tribunal de Porrentruy l'en débouta et ce jugement fut confirmé en appel par les motifs suivants:

« Que selon l'art. 637 C. com. les tribunaux consulaires connaissent des contestations qui s'élèvent au sujet de billets à ordre même dans le cas où une partie seulement des souscripteurs sont négociants;

« Qu'il est établi que Charles Braichet qui a signé le billet en question comme caution solidaire a la qualité de commerçant, attendu que le demandeur Choffat dans sa réponse aux conclusions exceptionnelles prises par Braichet a expressément prétendu que celui-ci fait le commerce dans le canton de Vaud, fait qui n'a pas été dénié de la part de Braichet et doit être conséquemment envisagé comme avéré dans la procédure;

« Que l'assertion de Braichet que le tribunal de commerce de Porrentruy est en tous cas incompétent parce que Braichet a son domicile hors du district de Porrentruy, n'est pas fondée, attendu:

a. « Qu'il appert clairement du contenu des exposés des parties que Braichet conteste au tribunal la compétence uniquement en ce qui touche la qualité de *tribunal consulaire* et non pas par le motif qu'en général il n'est pas soumis aux juges du district de Porrentruy;

*b.* « Qu'au surplus on est convenu dans le billet que le payement aura lieu au domicile de Jules Block (à Porrentruy), que tant aux termes de l'art. 12 C. pr. civ. bern., qu'à teneur de l'art. 420 C. com., le demandeur est en droit d'assigner le défendeur devant le tribunal compétent du district de Porrentruy, soit au lieu où l'exécution du contrat doit avoir lieu.» P. c. m. La Cour confirme.»

Enfin le dernier arrêt rendu sur la matière est le suivant:

5) *Arrêt du 6 août 1864. Louis Theubet*, cultivateur, appelant, *contre Charles Froté*, aubergiste.

*Lorsqu'un billet à ordre souscrit par un non-négociant a été endossé, même en blanc à des négociants et qu'il revêt les signatures de ces négociants, le tribunal de commerce est compétent pour en connaître.*

Digitized by Google

Le sieur Theubet, cultivateur, a souscrit un billet à ordre au profit d'un négociant, le sieur Rais, pour la somme de fr. 490, valeur pour prix d'un cheval, et payable au 15 avril 1864 à un domicile élu. Ce billet fut remis en payement à divers négociants, et protesté à l'échéance par le dernier tiers porteur. L'un des endosseurs ayant dû le retirer après protêt, assigna le souscripteur, qui contesta la compétence du tribunal de commerce, s'appuyant uniquement sur ce qu'il n'était pas négociant et n'avait pas acheté le cheval en question pour le revendre, ce qu'au reste il ne justifiait pas.

Le tribunal de Porrentruy débouta l'excipant de ses conclusions et la Cour, par son arrêt du 6 août 1864, confirma le jugement de première instance par les motifs suivants :

Considérant :

1. « Que le billet dont on réclame le payement n'est pas une simple reconnaissance de dette par un particulier à son créancier et ne pouvant entrainer que des conséquences civiles, mais que c'est un *billet à ordre*, souscrit par un simple particulier, il est vrai, mais au profit du sieur Rais, meunier, de qui la qualité de négociant n'est pas contestée, que ce billet a passé aux mains de deux autres personnes également négociantes dont il revêt les signatures et qu'aujourd'hui il est réclamé par un de ces négociants comme tiers porteur;

2. « Que l'art. 637 C. com. est assez formel et précis en ce sens, qu'il renvoie à la connaissance du tribunal de commerce les contestations qui peuvent s'élever au sujet de billets à ordre portant *en même temps* les signatures d'individus négociants et d'individus non négociants, qu'il ne fait aucune différence quant à la place où ces signatures sont apposées sur les dits billets à ordre et que les conditions voulues par le dit art. 637 se rencontrant dans l'espèce, c'est le cas d'en faire l'application. » P. c. m. La Cour confirme.

De ce qui précède on peut conclure que la Cour interprète l'art. 637 C. com en tenant compte des faits et circonstances dans lesquels le billet a été créé et que toutes les fois qu'il y a doute sur l'intention des parties ou sur la nature de l'opération constatée par le billet à ordre, la Cour rejette la juridiction exceptionnelle et renvoie les plai-

Digitized by Google

deurs à se pourvoir devant les juges civils ordinaires. Cette jurisprudence est conforme à l'esprit de la loi et elle est au surplus celle des cours et tribunaux français. Il serait facile de citer des arrêts français à l'appui de cette opinion; mais cela nous entraînerait, pour le moment, au-delà du cercle tracé par ce recueil. 2.

## III. Obergericht von Aargau.

### Eine verjährte Forderung läßt sich auch auf dem Wege der Compensationseinrede geltend machen.

Urtheil vom 9. November 1864.

Einer Forderungsklage begegnete der Beklagte mit der Einrede der Abrechnung von Forderungsposten, welche ihm der Kläger aus den Jahren 1826—1843 schuldig geworden. Die klägerische Forderung war vor Ablauf der Verjährungsfrist für die Gegenforderungen entstanden; der Beklagte behauptete daher, die klägerische Forderung sei im Zeitpunkt ihrer Entstehung bereits durch Compensation getilgt gewesen; seine Gegenforderungen müßten daher, wenn sie auch zur klageweisen Geltendmachung verjährt seien, zur Abrechnung auch jetzt noch als rechtsbeständig angesehen werden.

Diese auf eine gewisse natürliche Billigkeit gegründete Anschauung ist jedoch nicht die gesetzliche. Nach § 845 der A. B. G., so fand das Obergericht, werde eine Forderung durch Compensation nicht ipso jure, sondern nur mittelst ausdrücklicher Erhebung der Einrede der Compensation, insofern diese nach dem Gesetz zulässig sei, (ope exceptionis) getilgt. Sei nun aber die klägerische Forderung nicht eo ipso schon von Rechtswegen durch die Gegenforderungen der Beklagten — ohne Rücksicht auf die Zeit ihres Ursprungs — aufgehoben, so frage sich nur noch, ob letztere, obwohl verjährt, nicht noch mittelst der Compensationseinrede geltend zu machen seien, gleichwie die römischen Naturalobligationen eine Einrede, nicht aber ein Klagrecht begründen. Diese Frage müsse aber verneint werden. Nicht nur sei der Gesichtspunkt der Naturalobligationen unserer Gesetzgebung fremd, sondern in § 849 des A. B. G. werde die Extinctivverjährung nicht etwa als Verlust des Klagrechts, sondern geradezu als Erlöschung des Rechts durch Unterlassung seiner Ausübung aufgefaßt und definirt. Also auch nach aargauischem Recht: Tant dure l'action tant dure l'exception. 15.

Druck von Rieder & Simmen in Bern.

Digitized by Google

# Zeitschrift

des

# Bernischen Juristen-Vereins.

**Band I.** **Nr. 9.**

1. März 1865.

**Inhalt:** Revision der bernischen Civilgesetzgebung, S. 285. — Ueber Zuständigkeit der Assisen, II. S. 291. — Wechselrechtliche Judikate, II. S. 301. — Civilrechtsprechung: Bern, alter Kanton, S. 307; Bern, Jura, S. 310; Aargau, S. 312. — Strafgerichtliche Praxis: Fall Braunschweig, S. 315.; Vereinbarkeit oberrichterlicher Funktionen, S. 318. — Inserate, S. 320.

## Die Reform der bernischen Civilgesetzgebung.

Gefälliger Mittheilung verdanken wir den nachstehenden, vom 30. Dezember 1864 datirten Bericht des Redaktions-Komite für Herstellung einer einheitlichen Civilgesetzgebung an den Regierungsrath des Kantons Bern.

„Nachdem der Große Rath in seiner Sitzung vom 30. Januar l. J. die zur Anbahnung einer einheitlichen Civilgesetzgebung für den ganzen Kanton niedergesetzte Kommission ihres Mandates enthoben und den Regierungsrath mit der Anordnung der hiezu erforderlichen Maßnahmen beauftragt hatte, haben Sie durch Schlußnahme vom 27. September l. J. die Ausführung der genannten Arbeit einem Redaktionskomite, bestehend aus den Herren Prof. Leuenberger und Fürsprecher Carlin, als Redaktoren, und Fürsprecher Niggeler, als Präsident, übertragen. Das Redaktionskomite hat sich sofort nach erhaltener Anzeige von seiner Ernennung mit der ihm aufgetragenen Mission ernstlich beschäftigt, und beehrt sich mit Gegenwärtigem, Ihnen über seine bisherige Thätigkeit und die Resultate derselben Bericht zu erstatten.



Digitized by Google

„Der erste Punkt, der unsere Aufmerksamkeit in Anspruch nahm, bestand in der Frage der Möglichkeit einer Vereinigung über die Hauptgrundsätze einer gemeinschaftlichen Gesetzgebung, da hierin selbstverständlich die Grundbedingung einer gedeihlichen Wirksamkeit liegt. In Betreff der meisten Hauptpartien des Civilrechts ergeben sich nun keine erheblichen Schwierigkeiten. Im Personenrechte und dem Vormundschaftswesen hat die altbernische Gesetzgebung schon jetzt der Hauptsache nach im ganzen Kanton Geltung; das Bedürfniß einer durchgreifenden Reform der auf diese Materien Bezug habenden Gesetzesbestimmungen ist aber allgemein anerkannt und findet sich auch durch die Menge von Abänderungen durch spätere Gesetze unzweifelhaft konstatirt. Eben so wenig kann die Möglichkeit einer Einigung über das Vertragsrecht und über das dingliche Sachenrecht gegründeten Zweifeln unterliegen, zumal beide Gesetzgebungen, welche hier in Frage kommen — die französische wie die altbernische — in diesen Materien wesentlich auf dem römischen Rechte basiren, und die wenigen Eigenthümlichkeiten germanisch-rechtlichen Ursprungs, welche sich noch in der Gesetzgebung des alten Kantonstheils finden, wie namentlich der Blutzug und das Vorrecht des jüngsten Sohnes, längst als nicht mehr zeitgemäß betrachtet werden. Das Redaktionskomite ging daher darin einig, daß hier im Allgemeinen die Bestimmungen des französischen Civilgesetzbuches, als der Gesetzgebung, welche gegenüber der altbernischen den Vorzug größerer Vollständigkeit und Klarheit besitzt, dem Revisionswerke zu Grunde gelegt werden solle, immerhin unter dem selbstverständlichen Vorbehalte der Zuratheziehung neuerer Gesetzgebungen und der Ergänzung vorhandener Lücken und Undeutlichkeiten. Eine Ausnahme hiervon bildet der Titel über Privilegien und Pfandrechte. Hier ist eine selbstständige Bearbeitung geboten, indem das französische Recht namentlich mit Rücksicht auf die in demselben vorkommenden Verstöße gegen den Grundsatz der Spezialität und Publizität des Pfandrechtes nothwendig einer Revision bedarf, und auch das altbernische Grundbuchsystem den Anforderungen der Zeit nicht mehr entspricht. Wir gedenken daher ein neues, auf den Kadaster basirtes Pfand-

Digitized by Google

rechtssystem, ähnlich demjenigen, welches im Kanton Solothurn besteht, in Vorschlag zu bringen.

„Die größten Schwierigkeiten erheben sich bei dem ehelichen Güterrechte und dem Erbrechte; indeß gelangte das Redaktionskomite nach einer gründlichen Erörterung zu der Ueberzeugung, daß die Hindernisse, welche hier einer einheitlichen Gesetzgebung entgegenstehen, gleichfalls nicht unüberwindlich seien.

„Ansehend vorerst das eheliche Güterrecht, so stehen zwar die Grundsätze des altbernischen Rechtes denjenigen der französischen Gesetzgebung schroff entgegen, indem nach altbernischem Recht alles Vermögen der Ehefrau auf den Ehemann übergeht, dieser ihr jedoch für den Werth verpflichtet bleibt, und die Ehefrau keinen Antheil am Erwerbe hat, und indem das Gesetz schlechtweg keine Veränderung dieses Güterssystems zuläßt, während nach französischem Rechte zwischen den Ehegatten in der Regel Gütergemeinschaft gilt, es ihnen aber freigestellt ist, dieses Güterssystem vor Eingehung der Ehe gutfindend aufzuheben oder zu modifiziren. Allein das Redaktionskomite ist der Ansicht, beide Gesetzgebungen leiden hier an Mängeln, deren Hebung als wünschenswerth erscheint. Das altbernische System verstößt offenbar gegen die Grundsätze der natürlichen Freiheit, indem es den Ehegatten schlechtweg verbietet, ihre güterrechtlichen Beziehungen ihrem Willen und den obwaltenden Verhältnissen gemäß zu ordnen, und in dem unbedingten Uebergange alles Vermögens der Ehefrau an den Ehemann und dem Ausschlusse derselben von jeder Mitberechtigung auf den Erwerb liegen zudem Härten, welche sich in keiner neueren Gesetzgebung mehr finden und den heutigen Zeitanschauungen vollständig widersprechen. Umgekehrt sind die Bestimmungen der französischen Gesetzgebung über das eheliche Güterrecht allzu komplizirt, mehrere in denselben behandelte Güterssysteme finden in praxi keine Anwendung mehr, und es wäre auch zur Wahrung der Rechte Dritter eine größere Publizität der von der als Regel geltenden Gütergemeinschaft abweichenden Bestimmungen der Ehekontrakte zu wünschen. Wir halten nun dafür, es sollte sich, bei einiger Maßen gutem Willen, ohne große Schwierigkeiten ein System aufstellen lassen,

Digitized by Google

durch welches die Fehler der beiden Gesetzgebungen gehoben und umgekehrt die Vortheile beider erreicht würden. Zu diesem Ende würde man die Gütergemeinschaft der Ehegatten als Regel aufstellen, daneben aber beliebige Modifikationen durch Ehekontrakt, unter diesen namentlich auch das altbernische Güterſystem zulassen, und zugleich auf der einen Seite die Formen vereinfachen und auf der andern durch eine größere Publizität der Bestimmungen der Ehekontrakte den Rechten Dritter größere Garantien verschaffen, als es bisher der Fall war.

„Betreffend das Erbrecht besteht schon jetzt zwischen den Bestimmungen der beiden Gesetzgebungen eine größere Uebereinstimmung. Die wesentlichsten Differenzen betreffen das Erbrecht der Ehegatten, der Nachkommen im zweiten oder fernern Grade, die Zurücksetzung der Mutter gegenüber dem Vater und den Geschwistern des Erblassers, wie solche im bernischen Rechte vorgeschrieben ist, und die in der französischen Gesetzgebung vorgesehene, dem bernischen Rechte jedoch fremde Linearerbfolge. Nach unserer Ansicht widerspricht die französische Gesetzgebung in Betreff des gegenseitigen Erbrechtes der Ehegatten durchaus der Natur der Sache und dem sittlichen Charakter der Ehe, indem es den überlebenden Ehegatten nur in gänzlicher Ermanglung succeſſionsfähiger Verwandten zur Erbfolge beruft. Umgekehrt leidet die altbernische Gesetzgebung an dem Mangel, daß sie den Zufall eine allzu große Rolle spielen läßt, wodurch häufig wahre Ungerechtigkeiten entstehen. Wir erlauben uns zur Begründung dieser Ansicht beispielsweise nur die folgenden Fälle hervorzuheben:

„Wenn der Ehemann mit Hinterlassung einer Ehefrau und von mit derselben erzeugten Kindern stirbt, so erbt die Ehefrau die ganze Verlassenschaft; tritt dieselbe jedoch in eine folgende Ehe, so ist sie verpflichtet, sowohl das von dem frühern Ehemann ererbte, als auch ihr eigenes Vermögen mit den Kindern zu theilen. Hier tritt nun ein wesentlicher Unterschied ein, je nachdem die überlebende Ehefrau in dem Zeitpunkte der Wiederverehelichung bloß das Gut des verstorbenen Ehemannes besitzt, oder das Vermögen, auf welches

Digitized by Google

sie selbst in Folge Erbschaft ꝛc. Aussichten besitzt, bereits erworben hat: unter der erstern Voraussetzung kann der Fall eintreten, daß die Mutter einen großen Theil des väterlichen Vermögens (bis auf die Hälfte) den Kindern wegnimmt und einem zweiten Ehemann zubringt; in dem zweiten Falle aber erhält möglicher Weise ein Kind erster Ehe von dem mütterlichen Vermögen so viel wie die sämmtlichen Kinder der folgenden Ehe, welches auch die Zahl dieser letztern sein mag. Nach französischem Rechte hingegen sind dergleichen Zufälligkeiten nicht möglich: alle Kinder erben vielmehr gleich.

„Aehnlich verhält es sich mit der Erbfolge von Großkindern und von Nachkommen in fernern Graden. Sind hier bei dem Tode des Erblassers neben den Nachkommen verstorbener Kinder auch noch Kinder vorhanden, so wird nach Stämmen getheilt, gehen aber bloß Großkinder zu Theil, so erfolgt die Theilung nach Köpfen. Nach diesen Bestimmungen kann der Fall eintreten, daß ein Enkel des Erblassers, der ordentlicher Weise, als einziger Repräsentant seines Vaters, auf die Hälfte der Verlassenschaft Anspruch gehabt hätte, wegen der großen Zahl von Nachkommen eines andern Zweiges vielleicht nur einen Zehntheil oder selbst noch weniger erhält. Auch hier vermeidet das französische Recht jede Ungleichheit und Zufälligkeit, indem dasselbe unbedingt die in der Natur der Sache liegende Vertheilung nach Stämmen vorschreibt.

„Ungerechtfertigt erscheinen endlich in der altbernischen Gesetzgebung die Zurücksetzung der Mütter gegenüber dem Vater und selbst gegenüber den Geschwistern des Erblassers, und der gänzliche Ausschluß der halbbürtigen Verwandten gegenüber den vollbürtigen Verwandten des gleichen Grades. Jene Zurücksetzung widerspricht durchaus den heutigen Zeitanschauungen, und was die Würdigung der Verschiedenheit der vollbürtigen und halbbürtigen Verwandtschaft betrifft, so scheint uns der Grundsatz des französischen Rechts, wonach die vollbürtigen Verwandten zu zwei Theilen, die halbbürtigen Verwandten des gleichen Grades aber bloß zu einem Theil zu

Digitized by Google

Erbe gehen, natürlicher als der gänzliche Ausschluß dieser Letztern.

„Aus den angeführten Gründen sind wir daher überzeugt, daß auch in Beziehung auf das eheliche Güterrecht und das Erbrecht eine Einigung nicht nur möglich, sondern im wohlverstandenen Interesse beider Kantonstheile geboten ist.

„Eine fernere Frage, welche von uns einer gründlichen Prüfung unterworfen wurde, bestand darin, ob es nicht zweckmäßig wäre, die Grundzüge der neuen Gesetzgebung in einem Schema zusammenzustellen und dieses dem Großen Rathe zur Genehmigung vorzulegen. Anfänglich zeigte sich ziemliche Geneigtheit hierzu, indem man glaubte, hierdurch eine sichere Basis für die Durchführung der Arbeit zu gewinnen. Bei näherer Ueberlegung gelangten wir jedoch zu dem Entschlusse, von einer solchen Vorarbeit Umgang zu nehmen. Die Gründe dieses Entschlusses liegen darin, daß ein Schema, wenn es auch nur einigermaßen verständlich werden sollte, sehr ausführlich gehalten sein müßte und daher bedeutende Zeit und Arbeit verursachen würde, daß überdieß, zumal bei dem steten Wechsel der höchsten Landesbehörden, die Erreichung des angestrebten Zweckes kaum zu hoffen wäre, und daß endlich eine gründliche und allseitige Würdigung der Hauptgrundlagen der Revisionsarbeit nicht wohl möglich ist, ohne die Ausführung dieser Grundlagen im Einzelnen zu kennen.

„Wir glaubten deßhalb, es sei zweckmäßiger, sofort an die Ausarbeitung eines ersten Entwurfes Hand anzulegen, und zwar so, daß dieser im Ganzen vorliegen muß, bevor überhaupt eine Berathung durch eine weitere Kommission und die nachherige Vorlegung an den Großen Rath stattzufinden hat. In diesem Sinne sind wir denn auch bis jetzt vorgegangen. Bereits hat der deutsche Redaktor, Herr Prof. Leuenberger, auf Grundlage der jeweilen stattgefundenen Vorberathungen, den Einleitungstitel zu dem Civilrechte und das Personenrecht, mit Ausnahme des ehelichen Güterrechts, welches mit dem Erbrechte einen besondern Titel bilden wird, ausgearbeitet. Die Uebertragung dieser Arbeit in's Französische, mit welcher seit geraumer Zeit

Digitized by Google

Herr Fürsprecher Carlin beschäftigt ist, ist noch nicht vollständig beendigt, wird aber in kurzer Zeit ihrer Vollendung entgegengehen. Die Thätigkeit des Präsidenten des Redaktionskomites beschränkte sich bisher auf die Mitberathung der Grundlagen des Revisionswerkes und die Ueberwachung und Prüfung der Arbeiten der Redaktoren; so bald die französische Bearbeitung eingelangt sein wird, hat er überdieß auch die Uebereinstimmung der beiden Redaktionen zu prüfen."

---

## Die Zuständigkeit der Assisen nach den jetzigen Gesetzen und nach dem neuen Strafgesetzesentwurf.

Von Oberrichter F. Moser.

### II.

### Nach dem neuen Strafgesetzentwurf.

„Dem Gesetze bleibt vorbehalten, den Geschwornengerichten „noch andere Theile der Strafrechtspflege zu übertragen." § 63 der Verfassung. — Von diesem Vorbehalt macht der neue Strafgesetzesentwurf nicht nur keine Anwendung, er verkleinert vielmehr und zwar in beträchtlichem Maße das bisherige Geschäftsgebiet der Assisen, indem er eine ziemliche Zahl von Delikten in die Klasse der „Vergehen" versetzt, die nach dem bisherigen Gesetz oder nach der bisherigen Praxis vor das Schwurgericht gewiesen worden sind. Er bedroht sie im Maximum mit Korrektions- oder Arbeitshaus, nennt diese Strafe eine korrektionelle und die damit belegten Delikte bloße Vergehen, und verfügt in der Einführungsverordnung, daß das Amtsgericht als korrektionelles Gericht alle Vergehen zu beurtheilen habe, die durch die Gesetze weder dem Gerichtspräsidenten noch den Assisen zur Beurtheilung zugewiesen sind. Wir heißen diese sehr pronoucirte Tendenz des neuen Entwurfs, das Gebiet der Jurisdiktion der ständigen Gerichte auszudehnen, ihnen die weitaus größere Zahl der Delikte, sogar schwerer Delikte, wieder zuzuweisen, und dagegen die Theilnahme der Geschwornen an der Strafjustiz auf ein verhältnißmäßiges Minimum zu reduziren, absichtlich bloß

Digitized by Google

ein Versetzen; denn von einem Heruntersetzen im Sinne der Strafmilderung kann da nicht die Rede sein, wo der Inhalt der verschiedenen Kategorien bloß verschoben, dem Kinde nur ein anderer Name gegeben wird, die Sache selber aber — die Strafe — in ihrer Zeitdauer, in der Art der Vollziehung, in Bezug auf die Behandlung der Sträflinge, im Arbeitszwang, in der auszeichnenden Sträflingskleidung, und endlich im Punkt des accessorischen Ehrenverlusts die nämliche bleibt. Wir gehen aber noch weiter und behaupten, daß der neue Entwurf zu einem nicht kleinen Theile zu Härten und Strafschärfungen führen wird, die das bisherige Recht und insbesondere die Praxis nicht hatten.

Hierüber Folgendes:

1) Bisher hatten wir Kettenstrafe, Zuchthaus und Gefängniß, das bei längerer Dauer oft Einsperrung genannt wurde. Künftig werden wir haben Zuchthaus, Arbeits- oder Korrektionshaus und Gefängniß. Aber nur die Namen werden geändert. Das künftige Zuchthaus wird das jetzige Schellenwerk sein, nur mit Weglassung des Halsrings und des Hakens, und das Korrektionshaus das jetzige Zuchthaus. Mit Zuchthaus werden nämlich nur die allerschwersten Delikte belegt, von welchen bis dahin viele, wenn nicht die meisten, mit Kettenstrafe bestraft worden sind; dagegen wird die Bevölkerung des jetzigen Zuchthauses künftig zum größten Theile im Korrektionshause anzutreffen sein. Das Korrektionshaus hat regelmäßig den Ehrenverlust zur Folge; wo er in der einstigen Praxis hie und da nicht ausgesprochen werden wird, hängt es lediglich von der Willkühr des betreffenden Gerichtes ab. Der Entwurf ermächtigt das korrektionelle Gericht hiezu auch in Fällen, wo dieß schlechterdings nicht sein sollte, während umgekehrt bei einigen andern sehr oft von schändlicher und ehrloser Gesinnung zeugenden Delikten diese Ermächtigung unbegreiflicher Weise nicht besteht, wie z. B. bei'r Schändung, Verletzung von Geheimnissen, Eigenthumsbeschädigung unter Fr. 300, leichtere (geringfügigere) Fälle von Raub und Erpressung ꝛc. Die Festsetzung einer Maximalzeit ist ferner, wie wir oben gesehen haben, eine bloße Täuschung;

Digitized by Google

während dieser Zeit ist ja der Verurtheilte jedenfalls infamirt, und auch der zu Zuchthaus Verurtheilte kann (sogar vor 5 Jahren) rehabilitirt werden. Beide werden infamirt, nur der Eine auf unbestimmte, der andere auf bestimmte Zeit. Die Korrektionshaussträflinge sind dem Zwange zur Arbeit ebenfalls unterworfen, ja es ist nicht einmal, wie in andern Gesetzgebungen, gesagt, daß sie außerhalb des Hauses entweder gar nicht oder nur mit ihrer Einwilligung dazu verwendet werden können. *) Sie tragen ebenfalls gleichförmige Sträflingskleidung. Daß diese eine andere, als die der Zuchthäusler sein wird, ist völlig bedeutungslos; man kann die einen oder die andern braun oder grau kleiden. Disziplin, Verpflegung, Aufsicht ꝛc. überläßt der Entwurf besondern Gesetzen und Reglementen, ohne richterliche Einmischung oder Mitkontrolle. Es mag sich aber Jeder selbst das Urtheil machen, ob hierin, wenigstens so lange, als keine völlig getrennte Strafanstalt für diese Sorte und keine besondere Verwaltung existirt, und das wird wohl noch lange anstehen, andere Verhältnisse als bei den Zuchthaussträflingen möglich sein und wirklich eingeführt werden. Das Gros der Diebstähle und Unterschlagungen, die meisten Fälschungen, sogar öffentlicher Urkunden und von Handels- und Bankpapieren, wenn der Schade Fr. 300 nicht übersteigt, die schwersten, muthwilligsten Körperverletzungen, wenn sie nur keinen bleibenden Nachtheil oder nicht immerwährende Arbeitsunfähigkeit hinterlassen, Mord- und Branddrohungen in allen Fällen, auch da, wo vielleicht Familien und ganze Ortschaften längere Zeit in Angst und Aufregung versetzt und zu außerordentlichen Vorsichtsmaßregeln genöthigt werden, die Entführung Minderjähriger zum Zweck der Kränkung der Eltern, widernatürliche Unzucht auch der gröbsten Art, noch so oft wiederholt, ohne Rücksicht auf etwaige böse Folgen, wenn nur nicht gewaltthätig begangen, Unzucht mit jungen Leuten des einen oder des andern Geschlechts, selbst unter 12 Jahren, wenn nur der Beischlaf nicht vollzogen

*) Nach Art. 14 soll man sogar annehmen, daß die Korrektionshaussträflinge außer dem Strafhause zur Arbeit angehalten werden können.

Digitized by Google

worden ist, Unzucht der Eltern, Pflegeltern, Vormünder, Vorsteher, Lehrer ꝛc. mit ihren Kindern oder den ihrer Aufsicht übergebenen Minderjährigen, sogar unter 12 Jahren, wenn nur nicht Beischlaf vollzogen worden ist, auch die gewerbmäßigste Kuppelei, ja sogar die Schändlichkeit der betrügerischen Einlieferung unbescholtener Personen in Bordelle (Art. 167), Schändung, vorsätzliche Vergiftung von Weiden, Teichen, Brunnen ꝛc., um Thiere Anderer zu tödten, wenn der Schade Fr. 300 nicht übersteigt, aber selbst wenn dieß für Jemand einen merklichen Nachtheil an seiner Gesundheit, nur nicht immerwährende Arbeitsunfähigkeit oder einen bleibenden Nachtheil, zur Folge hatte, Raub in geringfügigern Fällen, Erpressung mit Mord- und Branddrohungen, Fundunterschlagung, wie hoch auch der Betrag sei, jeder Betrug unter Fr. 300, alle Marchveränderungen ꝛc. — dieß Alles wird mit Korrektionshaus belegt. Damit dann aber andererseits, ohne der oben erwähnten Tendenz Eintrag thun zu müssen, namentlich die schwereren Fälle dieser Delikte von den sogenannten korrektionellen Gerichten gehörig geahndet werden können, wird das Maximum des Korrektionshauses auf 6 Jahre hinaufgeschraubt und mit solchen Zuthaten versehen und so eingerichtet (Arbeitszwang, Sträflingskleidung, temporärer Ehrenverlust, wenigstens jetzt und wahrscheinlich noch für lange Zeit gleiche Anstalt, gleiche Nahrung, gleiche Aufsicht und Disziplin ꝛc.), daß die Strafe ihrem Wesen und den Wirkungen nach dem jetzigen (und dem künftigen) Zuchthaus leibhaftig gleich ist. Dieses Korrektionshaus ist demnach eine bloße Wortspielerei, eine Neuerung bloß dem Namen nach, es liegt ihm Abneigung gegen das Geschworneninstitut und der Zweck zu Grunde, den Schwerpunkt der ganzen Strafjustiz (weitaus die meisten Fälle) wieder in die Hände der vermeintlich bessern ständigen Gerichte zu legen.

2) Diese Tendenz und die dadurch nothwendig gewordene Ausstaffirung der Korrektionshausstrafe hat dann in einer andern Richtung wieder die nachtheilige Folge, daß nun solche Delikte, für die man das bloße Gefängniß entweder schlechthin oder unter Umständen als eine zu gelinde Strafe betrachtet, in die

Digitized by Google

Kategorie des Korrektionshauses setzt, und demzufolge die Fehlbaren, selbst da, wo kein Ehrenverlust mit der Strafe verbunden ist, *) zum nämlichen Aufenthalt und zum Zusammen-

*) Wir können schon hier die weitere Rüge nicht unterlassen, daß der Entwurf in der Androhung des Ehrenverlusts an Prinziplosigkeit und Inkonsequenzen leidet. Er belegt mit diesem Ehrenverlust auch solche Delikte, wo es nicht gerechtfertigt ist, während er umgekehrt die Möglichkeit dieser Strafe bei andern Delikten unerklärlicher Weise gänzlich wegläßt; er droht ferner bei vielen entschieden ehrrührigen Delikten den Ehrenverlust nur fakultativ, während er denselben bei andern nicht ehrrührigen oder meist nicht ehrrührigen Vergehen obligatorisch vorschreibt, z. B. I. droht der Entwurf Ehrenverlust von 1 bis 5 Jahren bei Wahlbetrug, Störung von Wahlversammlungen, überall bei Amtsmißbrauch, bei Fälschung von Pässen und Legitimationsschriften, selbst wenn dieß nur zum bessern Fortkommen geschieht, bei unbeschwornem falschem Zeugniß, wenn dasselbe vielleicht auch gänzlich ohne allen Belang ist, beir Verläumdung in allen Fällen, bei falscher Anzeige einer Uebertretung ꝛc. ꝛc., während umgekehrt eine Einstellung nie möglich sein soll bei aktiver Bestechung, Hausfriedensbruch selbst mit Gewalt und Waffen, bei den im Art. 112 erwähnten unbenannten Fälschungen, deren Strafe doch eben so hoch bestimmt ist, als diejenige der Fälschung von Privaturkunden bei nicht mehr als Fr. 300 Werth, und viel höher als diejenige der Fälschung von Pässen ꝛc., bei den muthwilligsten, vorbedachten Mißhandlungen mit vielleicht mehrmonatlicher Arbeitsunfähigkeit, ungeachtet sogleich eine Stufe höher Zuchthaus gedroht wird, beir Entführung einer einwilligenden Ehefrau, beir Schändung, beir Verletzung fremder und Berufsgeheimnisse, so schändlich auch Beweggrund und Zweck und so groß der Nachtheil sein mag, beir vorsätzlichen Vergiftung von Brunnen ꝛc., um Thiere Anderer zu tödten, wenn der Schaden Fr. 30 nicht übersteigt, sogar dann nicht, wenn Jemand dadurch merklichen, aber nicht gerade bleibenden Schaden an seiner Gesundheit genommen hat, selbst wenn dieß der Thäter voraussehen konnte, bei vorsätzlichen Eigenthumsbeschädigungen von nicht über Fr. 300, selbst bei den schändlichsten Motiven, oder sogar unter Umständen begangen, die geeignet waren, Leben und Gesundheit von Menschen in Gefahr zu setzen, oder aus Rache gegen Beamte, obschon dann sogleich bei einem Schaden über Fr. 300 Zuchthaus gedroht wird, bei Raub und Erpressung in geringern Fällen ꝛc. II. Bei Diebstahl, Betrug, Privatunterschlagung, welches auch die Summe sei, bei einem Theile der Fälschungen, betrügerischem Geltstag ꝛc. wird der Ehrenverlust stets nur fakultativ angedroht, während er bei Amtserschleichung, beir Störung von Wahlversammlungen, beim unbeschwornen falschen Zeugniß und Anstiftung dazu ꝛc. obligatorisch vorgeschrieben ist, also stets mit dem Korrektionshaus resp. Gefängniß verbunden werden soll.

Digitized by Google

leben mit schweren Dieben, Fälschern und Betrügern ꝛc. verurtheilt werden. Wir erwähnen hier nur folgende Delikte: Hülfeleistung zur Flucht, ohne Eigennutz, aus Freundschaft und persönlichem Mitleid (Begünstigung, wenn der Angeklagte eines mit Ehrenverlust bedrohten Delikts angeklagt ist), Amtsanmaßung, Wahlbetrug (wobei man sich nur nicht durch das Wort schrecken lassen muß), Störung von Wahlversammlungen (auf eine sehr vage und darum gefährliche Weise definirt), Hausfriedensbruch, fahrlässiger Falscheid (ein dem gemeinen Rechte unbekanntes Vergehen, das besser ganz wegbliebe aus dem Kodex, weil es auch die ehrlichsten Leute beim besten aber irrigen Glauben in Gefahr bringt), rein fahrlässige Tödtung, rein fahrlässige Körperverletzung, Kindesaussetzung (zu deren Thatbestand der Entwurf leider das Moment der beabsichtigten Gefährdung des Kindes oder der Absicht, sich der pflichtmäßigen Sorge zu entledigen nicht erfordert*), Entführung der einwilligenden Braut von zwanzig Jahren aus der Tyrannei ihres unverständigen Vaters, fahrlässige Brandstiftung, fahrlässige Explosion, Ueberschwemmung, namentlich da nach Art. 29 schon die bloße „Ungeschicklichkeit" als Fahrlässigkeit gestraft werden soll ꝛc. ꝛc. Solche Delikte mit jenem Zuchthaus gleichen Korrektionshaus zu bestrafen enthält eine ungerechtfertigte Strafschärfung gegenüber der bisherigen Legislation und Praxis.**) Man wird vielleicht

*) Wir erinnern uns eines Assisenfalles in Biel, wo die obdachlose, von der Geburt und dem Hunger erschöpfte Mutter das Kind, um es zu retten, aussetzte. Sie wußte, daß sie vielleicht in der nächsten Minute auf offenem Felde hinsinken werde, und dem Kinde die Nacht hindurch weder Pflege noch Nahruug geben könne; die Aussetzung war der letzte Versuch, das sonst sicher verlorne Leben des Kindes vielleicht noch zu erhalten. Die Geschwornen forderten als verständige Männer zum Thatbestand nicht nur vorsätzliche Verlassung in hülfloser Lage, sondern vorsätzliche Verlassung um sich der pflichtmäßigen Sorge zu entziehen, und sprachen einstimmig und mit freudiger Ueberzeugung frei.

**) Es wäre überhaupt eine ganz andere Aenderung unseres Strafensystems zu wünschen, lediglich zwei Anstalten, Zuchthaus für entehrende und Gefängniß für nicht entehrende Delikte. Will man die Nebenstrafe des Ehrenverlusts noch beibehalten, so sollte sie doch nur auf eine gewisse Zeit, bis höchstens 10 Jahre ausgesprochen werden können, selbst mit Vorbehalt

Digitized by Google

einwenden, der Entwurf ermächtige bei den meisten dieser Delikte die korrektionellen Gerichte, in den geringern Fällen auf

---

der Rehabilitation inzwischen. Die zu Zuchthaus Verurtheilten würden Sträflingskleider tragen und wären zur Arbeit gezwungen. Mit dieser Strafe wären zu belegen die (meisten) schon im Entwurf hieher gerechneten und verschiedene der im Entwurf zu den Vergehen klassifizirten Delikte. Dann aber müßte auch das Minimum des Zuchthauses weit mehr herabgesetzt werden, auf drei Monate oder noch weniger, und die Gerichte ermächtigt sein, bei einzelnen Delikten, wo nach den Umständen Zuchthaus und Ehrenverlust der Verschuldung nicht entsprechen würden, alternativ auch auf Gefängniß zu erkennen. Die Enthaltung als besondere Art der Verbüßung könnte immerhin in geeignetem Maaße beibehalten werden. Bei diesem System könnten sogar, nach vorheriger Enumeration der wegen der Strafe oder wegen der Natur des Delikts vor die Assisen gewiesenen Fälle, dem Amtsgerichte alle diejenigen Delikte zur Beurtheilung übergeben werden, welche im Maximum etwa mit 1 Jahr Zuchthaus bedroht sind. Die Verfassungsbestimmung, daß die Schwurgerichte sämmtliche Verbrechen zu beurtheilen haben, hindert dieß durchaus nicht; diese Delikte würden dann eben Vergehen genannt; es ist und bleibt diese Klassifikation eben immer Aufgabe des Gesetzes und eine willkürliche Benennung und Sache. Auch die gegen kurze Zuchthausstrafen gäng und gäben Einwürfe sprechen mit gleicher Stärke nicht nur gegen die geringe Zeitdauer auch anderer Freiheitsstrafen, sondern namentlich auch gegen ein Minimum von einem Jahre Zuchthaus, denn auch in dieser Zeit lernt man kein Handwerk und wandelt sich wohl selten ein Bösewicht zu einem ganz gebesserten Menschen um, der durch sein Zuchthauserlebniß gegen alle spätern Versuchungen stich- und kugelfest geworden ist. — Will man absolut noch eine Mittelstufe zwischen dem Zuchthaus und dem Gefängniß haben, eine Strafe weniger hart als jene und härter als dieses, so schiebe man die Einsperrung ein, ohne Ehrenverlust und ohne obligatorische Sträflingskleidung, aber mit Arbeitszwang im Innern der Anstalt. Die geringern dem Schwurgerichte zuzuweisenden Delikte wären nach Abstufungen, die so weit möglich angegeben werden könnten, alternativ auch mit Einsperrung zu bedrohen, und diese Strafe wäre als Maximum für den andern Theil der sogenannten Vergehen des jetzigen Entwurfs festzusetzen. Die Enthaltung als besondere Art der Verbüßung kann auch hier immer noch dem richterlichen Ermessen vorbehalten werden. — Die letzte Strafart, das Gefängniß, sollte so viel möglich in den einzurichtenden Bezirksgefängnissen, jedenfalls in einer von den andern völlig getrennten Anstalt erstanden werden. Die Verbüßung in der gleichen Anstalt, wenn auch räumlich getrennt, verwischt den Charakter der verschiedenen Strafarten in der öffentlichen Meinung und ist in vielen Fällen eine barbarische Härte für die Verurtheilten. — Bei diesen beiden

Digitized by Google

Gefängniß herabzugehen. Meist aber wird man hierunter nur die Geringfügigkeit des Schadens, und sehr selten den geringen Grad der Fahrläßigkeit verstehen. Wir möchten die korrektionellen Gerichte sehen, die bei fahrläßiger Brandstiftung, wo Häuser eingeäschert worden sind, die Fahrläßigkeit aber nur eine geringe, vielleicht sehr geringe war, nur von einem geringfügigen Falle sprächen, und nicht von der Befugniß auf Korrektionshaus zu erkennen Gebrauch machen würden.

Auch die Berufung auf die mögliche Appellation ist ein sehr zweifelhafter Trost. Die korrektionelle Jurisdiktion wird eine solche Ausdehnung erhalten, daß schon der Zeit und der Arbeitslast wegen die Polizeikammer nur eine relativ geringe Zahl Appellationen wird erledigen können. Um dieses Rechtsmittel geltend zu machen, dazu gehört ferner Geld, um den rechtsverständigen Assistenten zu bezahlen; zu einer Appellation ohne juristische Vertretung hat Niemand Vertrauen. Es verliert ferner dieses Rechtsmittel einen großen Theil seines Werths, wenn — wie dieß bei uns der Fall ist — die obere Instanz nur auf summarische Voruntersuchungsakten, und auf oft sehr mangelhafte Protokolle der Hauptverhandlung, wo der Ange-

---

Systemen wäre man allerdings genöthigt, bei einer gewissen Zahl von Delikten für ein und allemal von der Möglichkeit der Erkennung auf Ehrenverlust zu abstrahiren. Wir haben dieß aber schon bis jetzt gethan, nach der Praxis bei vielen Vergehen, die der Entwurf wieder mit fakultativem Ehrenverlust belegen will, und nach der Gesetzgebung bei den kleinern Diebstählen und Unterschlagungen, ohne daß deßhalb unseres Wissens Nachtheile und Rügen bekannt geworden wären. (Auch die temporäre Einstellung ist schon seit Jahren bei den meisten Diebstählen über Fr. 10 bis Fr. 100 bei uns Gesetz). Unser Vorschlag will also nur schon Gehabtes beibehalten und im Weitern die allmählige gänzliche Abschaffung der an die Strafe geknüpften Ehrenfolgen anbahnen, was mit der Zeit gewiß kommen wird. Diese Nebenstrafe ist nach den Erfahrungen vieler Strafanstalts-Direktionen das größte Hinderniß der moralischen Besserung der Sträflinge. Schutzaufsichtsvereine, provisorische Entlassung nach längerm guten Verhalten und Beweisen wahrer Besserung, Uebergangsanstalten, um den Gefallenen allmählig wieder an die Freiheit, an seinen Beruf, an den Verkehr mit Mitbürgern zu gewöhnen, Einzelnhaft mit Lehre und Aufrichtung irgend welche nicht veratorische polizeiliche Aufsicht ꝛc. nützen mehr.

Digitized by Google

klagte ohne Vertheidiger erscheint, und selber nicht fähig ist, die Redaktion zu kontrolliren und zu ergänzen, ohne Reproduktion der mündlichen Verhandlung urtheilen soll. Bereits haben sogar mehrere deutsche Gesetzgebungen diese Appellation, dieses Urtheilen auf bloß schriftliche Grundlagen als im Widerspruche mit dem Prinzipe der Mündlichkeit und Unmittelbarkeit aufgehoben, und die namhaftesten Juristen Deutschlands verlangen diese Aufhebung überall. Wer wahr sein will, muß zugeben, daß die obere Behörde nur in seltenen Fällen im Stande ist, das Faktum vollständig und deßhalb richtig zu würdigen, und doch ist dieß das allererste Erforderniß eines richtigen Urtheils. — Und wer bürgt endlich dafür, daß die Zeit nicht wiederkehre, wo die reformatio in pejus im Schwange geht, mit oder ohne Adhäsionsbefugniß des Generalprokurators an die Appellation des Verurtheilten? Ist ja zur Stunde noch dieses häßliche Privilegium aus dem Gesetze nicht ausgemerzt.

3) Als ein Rückschritt erscheint uns ferner die Erhöhung der ordentlichen Kompetenz des Gerichtspräsidenten von 30 Tagen, wie bisher, auf 60 Tage Gefängniß, nämlich die Uebertragung der Strafrechtspflege an Einzelnrichter in allen Fällen, die nur bis und mit 60 Tagen Gefängniß bedroht sind, einer unter Umständen schon harten Strafe. Die kriminelle Rechtssprechung durch Einzelnrichter ist unrepublikanisch; Kollegien gewähren weit mehr Garantie, die Verhandlung ist ernster, umständlicher; die Würdigung des Faktums und die Subsumption unter das Gesetz geschieht mit mehr Umsicht und Ueberlegung; die bessere Erfahrung, die humanere Auffassung, die richtigere Gesetzesanwendung, die Billigkeit können sich in der Diskussion geltend machen; es findet eine gegenseitige Kontrolle der Richter statt, Irrthum und Gewaltthätigkeit sind weniger möglich, die Gefahren der Einseitigkeit sind weniger vorhanden. Einzelnrichter pflegen sehr oft die Sache als Geschäftsballast abzuthun, es gibt Polizeiaudienzen, wo es fabrikmäßig zugeht, der Staatsanwalt ist selten gegenwärtig, die Vortheile werden entbehrt, die vielleicht seine Mitwirkung hätte, die Garantien fehlen, welche in der Oeffentlichkeit liegen, weil sich zu diesen Audienzen Niemand einfindet. —

Digitized by Google

Und um dieß Alles ja noch recht in Fluß zu bringen, schreibt der Art. 7 der Einführungsverordnung vor, daß in allen vom Einzelnrichter zu beurtheilenden Fällen das höchst summarische für Polizeiübertretungen vorgeschriebene Verfahren anzuwenden sei, wo sogar nur sehr ausnahmsweise der Beistand eines Vertheidigers zulässig ist.

Wir wissen gar wohl, daß wir bereits seit mehreren Jahren Gesetze besitzen, die dem Einzelnrichter noch eine größere Kompetenz in einzelnen Fällen einräumen, Gesetze von der Administration gemacht, die hiebei weniger an Rechtsgrundsätze, als an die vermeintliche Nützlichkeit sich hielt. Es wäre aber nach unserm Dafürhalten nicht nur genug hieran, sondern sogar an der Zeit, das Schadhafte wieder auszumerzen. Unbegreiflich ist es, daß Einzelnrichter nach jenem bekannten summarischen Verfahren Jahre lange Zwangsarbeit in Thorberg erkennen können.

Wenn auch hier gegen unsere Kritik eingewendet werden sollte, daß in der Appellation eine Garantie gegeben, und diese von allen Urtheilen des Gerichtspräsidenten zulässig sei, wo das Maximum der durch das Gesetz angedrohten Strafe fünfzig Franken Buße und acht Tage Gefangenschaft übersteige (Art. 449 St. V.), so wiederholen wir das über diese vermeintliche Garantie oben Gesagte. Es gilt hier noch in verstärktem Maße. Wo ist regelmäßig eine schriftliche Grundlage vorhanden, aus der sich die obere Behörde in sogenannten Polizeisachen jeweilen nur irgend welcher Maßen genügend aufklären kann?

4) Das Exorbitanteste aber ist die Zutheilung der Befugniß an den Gerichtspräsidenten als Einzelrichter, in den seinem Strafgebiete zugewiesenen Fällen mit dem Gefängniß oder der Geldbuße ebenfalls auf fünfjährigen Ehrenverlust erkennen zu können (Art. 19 des Entwurfs). (Schluß folgt.)

---

Digitized by Google

# Fälle aus dem Wechselrecht.

Von Fürsprecher Ritter in Biel.

## II.

**Bei den gewöhnlichen *) Eigenwechseln bedarf es zur Erhaltung des Wechselrechts gegen den Aussteller und die allfälligen Bürgen desselben weder der Präsentation am Verfalltage, noch der Erhebung eines Protestes.**

Urtheile vom 13. August 1863 und 16. Juni 1864.

**a.** In Folge eines in gesetzlicher Form ausgestellten Eigenwechsels vom 15. Mai 1862 verpflichtete sich Herr Notar und Rechtsagent Krebs in Bern, an die Ordre der Kantonalbank in Bern auf 15. August 1862 die Summe von Fr. 1300 zu bezahlen. Für diese Wechselschuld verpflichteten sich vier Personen als Wechselbürgen. Da der Wechsel auf den Verfalltag nicht eingelöst wurde, so ließ der Wechselinhaber (die Kantonalbank) am darauf folgenden Werktag (16. August 1862) den fraglichen Wechsel protestiren; der Protest wurde durch Herrn Notar B. aufgenommen und lautet:

„Das Original vorstehenden Wechsels habe ich auf Verlangen der Inhaberin, Tit. Kantonalbank in Bern, heute im Domizil des bezeichneten Schuldners an der Schauplatzgasse dahier zur Einlösung vorgewiesen, und daselbst vom Hauseigenthümer, Herrn Giobbe, die Antwort erhalten, die Wohnung des Herrn Krebs sei geschlossen und Niemand von dessen Familie zu Hause. Da demnach die verlangte Zahlung nicht erfolgt ist, so habe ich zur Wahrung aller Rechte nach Vorschrift des § 46 der W. O. Protest erhoben, und zur Urkunde dessen gegenwärtigen Akt ausgefertigt."

Auf dieses hin stellte die Kantonalbank von Bern gleichen Tages an das Richteramt Thun das Ansuchen, im Sinne des Wechselgesetzes den einen der obigen Wechselbürgen zu Bezahlung oder Deponirung des fraglichen Betrages, sammt Zins seit dem Verfalltage, Provision und Protestkosten nebst Folgen aufzufordern. Derselbe (Herr H.) leistete dieser Aufforderung Folge, belangte aber nun seinerseits nach Abzug des ihm als einem der Bürgen auffallenden Viertheils seine Mitbürgen, und ließ durch das Richteramt Bern

*) Anders ist es bei den domicilirten eigenen Wechseln (Analogie des § 49 W. O.)



Digitized by Google

die gesetzliche Aufforderung an sie ergehen. Diese bestritten aber die Richtigkeit (Begründetheit) der Forderung unter Deposition der geforderten Summe.

Der Wechselklage des Herrn H. setzten sie eine uneinläßliche Antwort entgegen. Zu Begründung ihres daherigen Rechtsbegehrens verneinten die Beklagten, daß die Kantonalbank von Bern zur Einleitung des Wechselexekutionsverfahrens gegen Herrn H. befugt und dieser verpflichtet gewesen sei, sich dasselbe gefallen zu lassen, sowie ferner, daß der gegen den Schuldner K. herausgenommene Protest in der gesetzlichen Form geschehen und daß Herr Notar B. dem Schuldner K. den Wechsel vorgewiesen und sich selbst überzeugt habe, ob derselbe bei Hause sei. Die Protesturkunde enthalte keine wörtliche Abschrift des präsentirten Wechsels und die Erklärung des den Protest aufnehmenden Notars könne diesen Mangel nicht ersetzen. Ein förmlicher Protest könne aber jetzt nicht mehr nachgeholt werden. Die Verabsäumung der rechtzeitigen Protesterhebung aber habe zunächst den Verlust oder die Erlöschung des Anspruchs gegen denjenigen, bei welchem die Präsentation stattfinden sollte, und dann auch den Verlust des Regresses gegen allfällige Indossanten und den Aussteller zur Folge.

Der Appellations- und Kassationshof theilte jedoch mit Recht diese Anschauung nicht und wies die Beklagten am 13. August 1863 mit ihrer Einrede ab,

in Betrachtung:

1) daß die Einwendung der Beklagten und Exzipienten, es sei kein gehöriger Protest aufgenommen worden, nicht stichhaltig erscheint, indem der fragliche Wechsel gegenüber dem Wechselschuldner am 16. August in aller Form protestirt wurde;

2) daß die Wechselordnung in dem Abschnitte, der von der Wechselbürgschaft handelt, keine besondere Protesterhebung bei den Bürgen vorschreibt;

3) daß nach § 68 der W. O. der Bürge, welcher einen Wechsel unterzeichnet, nach Wechselrecht haftet und der Inhaber des Wechsels auf den Verfalltag einen ihm beliebigen Bürgen für die Bezahlung der ganzen Summe belangen kann, ohne gegen den Hauptschuldner nothwendiger Weise ebenfalls vollziehen zu müssen;

4) daß ein Mitbürge, der vom Wechselinhaber nach Mitgabe dieser Gesetzesbestimmung allein belangt wird und sofort bezahlt, dadurch seine Regreßrechte auf die Antheile der Mitbürgen nicht aufgibt, sondern an die Stelle des ursprünglichen Wechselgläubigers tritt, jedoch nach Abzug seines eignen Antheils, den er als Mitbürge zu ertragen hat.

Digitized by Google

b. In Folge eines in gesetzlicher Form ausgestellten Eigenwechsels vom 31. Juli 1863 verpflichtete sich Herr F. in Bern, an die Ordre des Herrn Sp. in B. auf 31. Jänner 1864 zu bezahlen die Summe von Fr. 500, für welche Herr Kl. in B. sich unterm gleichen Tage als Wechselbürge nach Wechselrecht verpflichtete. Während der fragliche Wechsel also bereits unterm 31. Januar verfiel, wurde er sowohl dem Schuldner als auch dem Bürgen erst am 8. Februar 1864 zur Zahlung präsentirt. Da aber weder der Eine noch der Andere anzutreffen war, wurde ein förmlicher Wechselprotest aufgenommen, worauf der Gläubiger an das Richteramt B. das Ansuchen stellte, den Wechselschuldner und den Wechselbürgen zur Erfüllung ihrer Verbindlichkeiten anzuhalten. Vom Richter wurden die gesetzlichen Aufforderungen erlassen, und sie bewirkten, daß der Wechselbürge, unter Nichtanerkennung des daherigen Anspruchs, den fraglichen Schuldbetrag beim Richter deponirte. Der mittlerweile ausgetretene F. leistete der Aufforderung natürlich keine Folge.

Durch Vorladung vom 22. Februar ließ hierauf der Wechselgläubiger den Wechselbürgen vor den Gerichtspräsidenten von B. laden, um von diesem das Rechtsbegehren beurtheilen zu lassen: Herr K. sei nach Wechselrecht zu verurtheilen, als Wechselbürge die laut Wechsel vom 31. Juli 1863 und Bürgschaftsverpflichtung vom gl. T. schuldige Summe der Fr. 500 nebst gesetzlichen Folgen zu bezahlen, unter Kostenfolge.

Der Bürge Kl. setzte in seiner Vertheidigung in erster Linie eine peremptorische Einrede an's Recht und schloß eventuell auf Abweisung des vom Kläger gestellten Rechtsbegehrens. Zu Begründung dieser Schlüsse machte derselbe geltend, der Wechsel sei am 31. Jänner 1864 verfallen, der Protest dagegen erst am 8. Februar daraufhin, also zu spät erhoben worden. Die Wechselverbindlichkeiten des Ausstellers F. und des Bürgen Kl. seien im vorliegenden Falle durch Versäumniß einer zur Erhaltung des Wechselrechts vorgeschriebenen Förmlichkeit (der rechtzeitigen Protestaufnahme) erloschen.

Der Appellations- und Kassationshof wies jedoch am 16. Juni 1864 diese Einrede ab und sprach dem Kläger sein Rechtsbegehren (seine Wechselklage) zu,

in Betrachtung:

1) daß Herr F. Kl. in B. den Eigenwechsel des Herrn F., ausgestellt zu Gunsten des Herrn Sp., vom 31. Juli 1863 als Wechselbürge unterzeichnet hat;

2) daß nach der Natur der Sache und nach den Bestimmungen der Art. 89, 18, 21 und 30 der Wechselordnung der

Digitized by Google

Aussteller eines Eigenwechsels offenbar auch die Eigenschaft eines Wechselacceptanten haben muß;

3) daß der Wechselbürge vollständig in gleicher Weise haftet, wie der Aussteller des Wechsels, d. h. der Wechselschuldner, und noch an die Stelle desselben tritt;

5) daß somit auch der Wechselbürge als Acceptant angesehen werden muß und dem Wechselinhaber als solcher haftet; — nach Art. 45 der Wechselordnung aber ein Acceptant durch die bloße Unterlassung der rechtzeitigen Protesterhebung seiner Wechselverbindlichkeit nicht enthoben wird;

5) daß überdieß die Unterlassung der rechtzeitigen Protesterhebung nach Art. 45 der Wechselordnung nur den Verlust von Regreßrechten nach sich zieht, daß es sich aber im vorliegenden Falle nicht um Regreßrechte handelt, indem der Wechselbürge ganz an die Stelle des Wechselschuldners tritt.

In diesen beiden Fällen widersetzten sich die Belangten den gegen sie erhobenen Wechselklagen hauptsächlich aus dem Grunde, weil bei Schuldner und Bürgen entweder gar nicht, oder doch nicht zur rechten Zeit und nicht in der gesetzlichen Form Protest erhoben worden sei; weil der Gläubiger diese Förmlichkeit unterlassen, glaubten sie, sei er auch aller seiner Rechte aus dem Wechsel verlustig gegangen.

Im ersten Judikat (II. a) ist die richtige Ansicht bereits ausgesprochen, aber mit der Motivirung des richtigen Dispositivs sieht es etwas bedenklich aus. In Motiv 1. gibt der oberste Gerichtshof indirekt zu, daß zur Wahrung des Wechselrechts des Gläubigers gegen die Bürgen, wenigstens gegenüber dem Hauptschuldner, die gehörige Protesterhebung nothwendig sei, eine Ansicht, die man jetzt, nach den Motiven zu II. b, schwerlich mehr theilen dürfte. Eine Begründung sodann, wie sie sich im zweiten Erwägungsgrund des Falles b findet, würde zu jedem Urtheile passen, denn Fragen, welche durch bestimmte, unzweideutige Vorschriften im Gesetz bereits gelöst sind, kommen in der Regel nicht zur gerichtlichen Erörterung und Entscheidung.

Angesichts der klaren und unzweideutigen Bestimmungen unserer W. O. ist es schwer begreiflich, wie man annehmen konnte, daß durch Unterlassung der Protestaufnahme am Verfalltage das Wechselrecht gegenüber dem Aussteller eines eigenen

Digitized by Google

Wechsels und dessen Bürgen verloren gehe. Eine solche Annahme beruht auf der Verkennung der zwei wesentlich verschiedenen Verpflichtungen und Klagen, welche aus einem Wechsel hervorgehen können: der Hauptverpflichtung und der auf dieselbe basirten direkten Klage gegen den Hauptschuldner, und der erst subsidiären Garantieverbindlichkeit mit den daran sich knüpfenden Regreß- oder Gewährleistungsklagen gegen die Gewährsmänner. Bei dem eigenen Wechsel ist nun der Aussteller Hauptschuldner und die Indossanten sind nur Gewährsmänner, Garanten des Gläubigers; bei den gezogenen Wechsel dagegen ist der Acceptant der Hauptverpflichtete, und Aussteller (Traffant) wie Indossanten sind Gewährsmänner. Durch die Thatsache, daß Jemand einen Eigenwechsel ausstellt oder die von einem Dritten auf ihn gezogene Tratte acceptirt, verpflichtet er sich, am Verfalltage die Wechselsumme zu bezahlen und noch ein volles Jahr von diesem Tage an für die von ihm übernommene Verbindlichkeit nach Wechselrecht zu haften. Diese Verpflichtung ist für ihn so gut bindend, wie die Ausstellung eines gewöhnlichen civilen Schuldbillets, und er haftet gemäß derselben dem Wechselgläubiger, ohne daß dieser gegen ihn irgend etwas vorkehrt, bis zum letzten Tage der einjährigen Verjährungsfrist. Der Gläubiger braucht, um den Schuldner (Eigenwechselaussteller oder Acceptanten) zu Einlösung seiner Verbindlichkeit anzuhalten weiter nichts, als über den Besitz des Wechsels sich auszuweisen; unter Vorlegung desselben kann er gegen ihn die amtliche Zahlungsaufforderung auswirken. Der Gerichtspräsident wird und hat sich nicht darum zu kümmern, ob der Wechsel auch präsentirt worden sei. Es wird dieß ohnehin vorher immer geschehen, denn sonst risquirt der Inhaber, die Wechselaufforderungskosten selbst zahlen zu müssen, wenn der Schuldner nach dem Verfalltage die Wechselsumme beim Richter hinterlegt hat, wozu er ja berechtigt ist (§ 43 W O.). Es liegt dieß Alles in der Natur der Sache und geht aus den Bestimmungen des Gesetzes klar genug hervor. Um jedoch ja keinen Zweifel übrig zu lassen, nahm die deutsche Wechselordnung in Art. 44 noch ausdrücklich die Bestimmung auf: „zur Erhaltung des Wechsel-

Digitized by Google

rechtes gegen den Acceptanten bedarf es mit Ausnahme des im Art. 43 erwähnten Falles (entsprechend dem § 49 der schweiz. W. O.) weder der Präsentation am Zahlungstage, noch der Erhebung eines Protestes." In seinem fast zu ängstlichen Bestreben, kein überflüssiges Wort, keinen Satz aufzunehmen, der sich aus andern Bestimmungen und dem ganzen Zusammenhange von selbst ergibt, hat der Redaktor des schweiz. Entwurfs den erwähnten Satz des deutschen Vorbildes weggelassen. Aus demselben Grunde wurde die Bestimmung des Art. 99 der deutschen W. O. als überflüssig erachtet und weggelassen, weil bei der unleugbaren Gleichstellung des Acceptanten einer Tratte mit dem Aussteller eines eigenen Wechsels sich dieser Artikel aus der Analogie des § 49 von selbst ergibt. Trotz des Art. 44 der deutschen W. O. entstanden auch in Deutschland Zweifel darüber, ob zur Erhaltung des Wechselrechts gegenüber dem Aussteller eines Eigenwechsels Präsentation und Protestaufnahme nöthig seien, so daß die Nürnberger Handelsgesetzgebungs-Konferenz in ihren Berathungen über einige Zusätze zur allgemeinen Wechselordnung zu Art. 99 einen solchen Zusatz im Sinne der Ueberschrift dieses Falles beschloß. Einer gesetzlichen Normirung und Beseitigung dieser Zweifel bedarf es bei uns wohl nicht. Die Entscheidung des Appellations- und Kassationshofes ist so unzweifelhaft richtig, so klar im Gesetz begründet, daß sie als ein unanfechtbares, feststehendes Präjudiz angesehen werden darf.

Anders ist es bei der eigentlichen Regreß- oder Gewährleistungsklage gegen die Indossanten und den Trassanten. Hier ist der rechtzeitige, in der gesetzlichen Form aufgenommene Protest die Bedingung sine qua non zur Geltendmachung des Rückgriffsrechtes. Unter Folge des Verlustes des Regresses gegen Indossanten und Aussteller hat der Wechselinhaber die Präsentation des Wechsels zur Zahlung und deren Nichterlangung feststellen zu lassen (§ 45). Und dieser Nachweis, daß die Bedingungen zur Regreßnahme wirklich eingetreten, kann nur durch ein einziges Beweismittel, durch die von einem öffentlichen Beamten aufzunehmende Protesturkunde geleistet werden. Ohne Protest kein Regreß.

Digitized by Google

Kaum braucht schließlich bemerkt zu werden, daß zur Wahrung des Rückgriffes gegenüber dem Bürgen des Trassanten oder eines Indossanten die gehörige Protesterhebung so gut nöthig ist, wie wenn diese selbst in Anspruch genommen werden sollen, indem die Verbindlichkeit des Bürgen ja stets nur eine subsidiäre ist und nur so lange besteht, als die des Hauptschuldners selbst.

## Rechtsprechung in Civilsachen.

### I. Bern, alter Kantonstheil.

**Verspätete Eingabe einer Erbschaftsausschlagung, welche demungeachtet als zur rechten Zeit eingelangt behandelt wird. Auch nach in Folge dessen vollführter gerichtlicher Liquidation über die Verlassenschaft muß der Erbe sich als solchen anerkennen und Schulden der Verlassenschaft, insoweit für dieselben in der Liquidation nicht Zahlung erlangt wurde, über sich nehmen.**

Urtheil vom 16. April 1864, A. Brunner gegen J. Lüdi und A. Pfosi.

Ueber die Verlassenschaft des am 13 Juni 1851 verstorbenen B. Lobsiger wurde auf Begehren seiner Notherben ein amtliches Güterverzeichniß aufgenommen, für welches der Termin zu Eingaben bis zum 30. Aug. gl. J. festgestellt wurde. Am 20. September erklärten die Wittwe zweiter Ehe und deren Kinder die Ausschlagung der Erbschaft; auch von der Tochter aus erster Ehe, beziehungsweise ihrem Manne, Albrecht Brunner, langte eine vom 30. Sept. datirte Ausschlagung ein, und es wurde nach erfolglos gebliebener Erbfolgepublikation die gerichtliche Bereinigung der Verlassenschaft angeordnet. Gläubiger des Lobsiger, welche in der Liquidation Verlust erlitten, brachten später, 23. Juni 1852, beim Regierungsrathe gegen den Regierungsstatthalter und Amtschreiber eine Beschwerde ein, weil dieselben die nach Verfluß der gesetzlichen Ueberlegungsfrist von 30 Tagen eingelangte Erbschaftsausschlagung angenommen haben, und der Regierungsrath erklärte den Amtschreiber den Beschwerdeführern

Digitized by Google

gegenüber für verantwortlich, namentlich wegen des von diesem Beamten ausgestellten Zeugnisses, daß die Bedenkzeit für die Erben des Lobsiger erst mit dem 30. Sept. auslaufe. In dem später angehobenen Prozesse gegen Brunner klagten jene Gläubiger, J. Lüdi und Anna Pfosi geb. Liechti, die Letztere in ihrer Eigenschaft als Erbin des ursprünglichen Gläubigers, Alt-Regierungsstatthalter Frieden, auf Anerkennung der Erbenqualität A. Brunner's; sie wiesen nach, daß die Erbschaftsausschlagung Brunner's sogar erst in der Nacht vom 30. Sept. auf 1. Oktober von einem Angestellten der Amtschreiberei in Brunners Wohnsitz abgeholt worden sei. Der Beklagte setzte der Klage vorerst eine peremptorische und eine dilatorische Einrede entgegen, welche er hauptsächlich darauf stützte, daß die Verhandlungen über die gerichtliche Vereinigung der Erbschaft in Rechtskraft erwachsen seien und nicht mehr umgestoßen werden könnten; in der Hauptsache schloß er auf Abweisung der Klagsbegehren.

Der Gerichtshof wies die erhobenen Einreden ab aus folgenden Motiven:

In Betrachtung

1) daß zwar über den Nachlaß des B. Lobsiger eine gerichtliche Vereinigung vollführt wurde, in welcher die Kläger Eingaben besorgten;

2) daß aber aus diesem Umstand kein Fundament zu einer peremptorischen Einrede hergeleitet werden kann, indem nirgends gesetzlich vorgeschrieben ist, daß Gläubiger, welche später gegen die stillschweigend annehmenden Erben klagend aufzutreten gedenken, sich einer gerichtlichen Vereinigung über den Nachlaß des Schuldners widersetzen müssen;

3) daß die jetzt im Streite liegenden Fragen in jenem Liquidationsverfahren nicht verändert werden konnten, indem die Kläger damals von der Säumniß des Beklagten in der Ausschlagung der Erbschaft keine Kenntniß hatten, sondern erwiesener Maßen im Glauben stehen mußten, solche sei noch rechtzeitig erfolgt;*)

*) Mit Motiv 2 und 3 stimmen überein die Motive, aus welchen der Appellations- und Kassationshof schon in einem frühern ähnlichen Falle

Digitized by Google

4) daß auch keine Gründe vorliegen, aus welcher die dermalige Einklagbarkeit der klägerischen Ansprüche bestritten werden könnte.

In der Hauptsache anerkannte der Appellations- und Kassationshof die Erbenqualität Brunners und verurtheilte ihn zur Bezahlung der Forderungen, die den Klägern gegenüber Lobsiger zustanden, soweit dieselben erwiesen waren. Die Motive des Urtheils, in soweit sie sich auf diese Frage beziehen, lauten wie folgt:

In Betrachtung,

1) daß die Frist zur Aufnahme des amtlichen Güterverzeichnisses über die Verlassenschaft des B. Lobsiger mit dem 30. August 1851 zu Ende ging, mithin der Endtermin der den Erben zur Ausschlagung der Erbschaft zustehenden Ueberlegungsfrist auf den 29. Sept. 1851 fiel (Satz. 666 C.);

2) daß die Nichtausschlagung einer Erbschaft Seitens der Erben innerhalb der in Satz. 666 bestimmten Frist nach Mitgabe der Satz. 668 C. als wirkliche Antretung derselben angesehen werden muß;

3) daß die Ausschlagung der Erbschaft des B. Lobsiger, welche A. Brunner, als Ehemann der Tochter und Miterbin

(F. Feller gegen Marie Heiniger, geb. Brugger, Urtheil vom 29. Januar 1858) die prozeßhindernde Einrede der Beklagten abgewiesen hat. In der Hauptsache stützte sich das damalige Urtheil nicht auf eine verspätete Ausschlagung, sondern darauf, daß die Beklagte Forderungen ihrer verstorbenen Mutter einkassirte und nicht an die Liquidationsbehörde ablieferte; es war überdieß der Einwand erhoben worden, die Beklagte habe, da sie Wittwe sei und Kinder besitze, jene Forderungen nicht auf rechtsverbindliche Weise einkassiren können. Die beiden letzten Motive des Urtheils vom 29. Januar 1858 lauten: 3) daß mithin Frau H. bezüglich eines Theils der Verlassenschaft ihrer Mutter solche Handlungen vorgenommen hat, die sie nur in der Eigenschaft eines Erben vornehmen durfte, daher gegenüber dem Kläger als Erbin ihrer Mutter zu betrachten, und bezüglich der eingeklagten Forderung in die Verbindlichkeiten der letzteren eingetreten ist (Satz. 638 in Verbindung mit 514); 4) daß das später stattgehabte Liquidationsverfahren an dieser Thatsache und an deren gesetzlichen Folgen nichts verändert, und daß auch der Art. 6 des Gesetzes vom 27. Juni 1847 hier, wo es sich nicht um freiwillige Handlungen der Beklagten, sondern um ein Quasi-Delikt derselben und die daran geknüpften gesetzlichen Rechtsnachtheile handelt, keine Anwendung findet.

Digitized by Google

Maria geb. Lobsiger, formulirte, vom 30. Sept. 1851 datirt ist und erst in der Nacht vom 30. Sept. auf den 1. Oktober 1851 um Mitternacht in der Wohnung des Brunner zu L. dem Sekretär des Regierungsstatthalteramtes A. übergeben wurde;

4) daß also die Erbschaftsausschlagung des A. Brunner zu spät erfolgte, und daß derselbe somit als Erbe in die Rechte und Verbindlichkeiten des Erblassers eingetreten ist;

5) daß die stattgefundene gerichtliche Vereinigung der Verlassenschaft des B. Lobsiger an diesen Rechtsverhältnissen nichts ändern kann, indem nach § 597 V. V. der Geltstag des Schuldners denselben nur insoweit seiner Verbindlichkeiten entledigt, als die Gläubiger befriedigt werden, und daß auch die gerichtliche Vereinigung einer Verlassenschaft nach § 607 V. V. keine andern und weiter gehenden Wirkungen haben kann. 11.

## II. JURA BERNOIS.

### Privilége du vendeur. — Payements de l'acquéreur. — Collocations respectives. — Préférence du vendeur pour le solde non perçu.

*En cas de collocation judiciaire du prix d'un immeuble revendu avec surenchère, le vendeur primitif non entièrement payé conserve son droit de privilége et il est, pour le solde à lui dû, préféré à l'acquéreur dont il n'a reçu qu'un payement partiel.*

Arrêt du 20 juin 1861 *); A. Theurillat et consorts contre H. Crelier, père et fils.

Suivant acte notarié en date du 11 février 1851, les demandeurs avaient vendu à un nommé Bouvier un domaine, appelé la Combe Chavatte, pour le prix de fr. 25,285. 73 productif d'intérêt dès le jour de la vente. Le contrat fut régulièrement transcrit aux hypothèques.

*) Bien que l'arrêt que nous publions soit de date quelque peu ancienne, nous avons cru devoir le faire connaître à cause du principe juridique qu'il sanctionne.

Digitized by Google

Bouvier ayant revendu ce domaine pour fr. 18,000 au défendeur Henri Crelier, les demandeurs qui avaient déjà reçu de Crelier les fr. 18,000 ci-dessus à compte de leur réclamation poursuivirent tant leur débiteur originaire, H. Bouvier, que le tiers détenteur Henri Crelier, en payement du solde à eux dû par fr. 6573. 45. Des offres de purge ayant été faites par le tiers détenteur, il survint une surenchère et une revente, ensuite de laquelle Henri Crelier se rendit adjudicataire définitif pour fr. 24,000.

Dans la liquidation judiciaire qui suivit cette revente, les Theurillat et consorts produisirent pour leur solde de fr. 6573. 45, pour lequel ils réclamèrent collocation par privilége. — De son côté l'acquéreur Crelier produisit pour les fr. 18,000 déjà payés aux vendeurs originaires Theurillat et consorts et demanda à être colloqué avant tout autre pour la dite somme sur le prix de l'adjudication de surenchère. Il allégua notamment quant à ce qu'il ne pouvait être tenu au-delà de son prix d'adjudication de fr. 24,000, et que cependant ce serait le cas d'une manière indirecte, si on ne lui tenait pas compte avant tout des fr. 18,000 déjà versés, attendu que la masse passive était plus forte que l'actif à partager.

Le liquidateur admit cette manière de voir et les Theurillat et consorts qui réclamaient en tout fr. 7281. 05 ne furent colloqués qu'au second rang et renvoyés perdant pour fr. 1720. 35. — Ils formèrent opposition à cette liquidation, en concluant à la refonte du projet de collocation, de telle sorte que leur créance pour solde soit colloquée antérieurement à celle du défendeur Crelier dont ils n'ont reçu qu'on payement partiel.

Le juge de première instance rejeta ces conclusions. Mais ce jugement fut réformé par la Cour par les motifs suivants:

Considérant:

«Qu'il ne peut être contesté que la loi donne au vendeur un privilége sur l'immeuble par lui aliéné pour sûreté du prix et accessoires;

Digitized by Google

«Que dans l'espèce les appelants ont fait tout ce qui était nécessaire pour la conservation du privilége que leur assurait la vente faite suivant acte du 11 février 1851 sur le domaine dit «Combe Chavatte»; qu'en outre ils n'ont jamais renoncé à ce droit ni d'une manière expresse ni tacitement:

«Que le payement à eux fait par les intimés sur le prix de la vente dont s'agit n'ayant été que partiel, la loi leur donne d'une manière fort expresse, dans l'art. 1252 C. civ., la faculté d'exercer leurs droits pour le solde de leur créance par préférence aux intimés;

«Que le solde par eux réclamé n'a point été contesté, et que d'ailleurs il est justifié par les pièces produites;

«Que par conséquent c'est à tort que dans le projet d'ordre attaqué, priorité de rang a été accordée à Crelier qui ne pouvait exiger qu'une collocation postérieure en rang à celle des appelants.»

P. C. M. La Cour adjuge. 2.

## III. Obergericht von Aargau.

**1. Der Umstand, daß der Käufer einer unbeweglichen Sache zur Zeit des Kaufs auf dem Kaufsobjekt haftende Beschwerden gekannt hat, befreit den Verkäufer von der Währschaftspflicht nicht, wenn er unterlassen, die Beschwerden anzuzeigen.**

Urtheil vom 16. Januar 1865.

§ 515 des A. B. G. Für ablösliche, nicht angezeigte Beschwerden hat der Uebertragende dem Uebernehmer der beschwerten Sache Entschädigung zu leisten.

Der Verkäufer eines Grundstücks hatte unterlassen, dem Käufer von einer auf demselben lastenden Brunnenleitungsdienstbarkeit Kenntniß zu geben. Als er deßhalb mit der Entschädigungsklage belangt wurde, trat er derselben u. A. mit der Einwendung entgegen, daß der Kläger schon vor dem Kaufe

Digitized by Google

von dem Vorhandensein der fraglichen Beschwerde hinlängliche Kenntniß gehabt habe, wie dieß als selbstverständlich angesehen werden müsse, da drei auf dem gekauften Grundstücke befindliche Brunnstuben das Vorhandensein einer Brunnenleitung offenkundig an den Tag legen. Er anerbot sich, die Richtigkeit dieser Behauptung zu beweisen. Das Obergericht erklärte jedoch diesen Beweisantrag für unerheblich, indem es fand, daß nach § 515 cit. bei Eigenthumsübertragungen die Anzeige von darauf lastenden Beschwerden unbedingt vorgeschrieben sei, und daß von dieser allgemeinen Vorschrift für Beschwerden, welche leichter und stärker in die Augen fallen, als andere, keine Ausnahme bestehe. Dem Gesetzgeber wäre, zumal an der Hand anderer bekannter Gesetzgebungen, sehr nahe gelegen, über Grunddienstbarkeiten, die sich durch eine körperliche Einrichtung darstellen, eine besondere Bestimmung in das Gesetz niederzulegen; indem er es nicht gethan, habe er unzweideutig seinen Willen kundgegeben, daß die Beschwerde unbedingt, ob leicht erkennbar oder nicht, angezeigt werden müsse. Es müsse auch angenommen werden, daß der Gesetzgeber für eine solche unbedingte Bestimmung seine guten Gründe gehabt habe. Wollte man nämlich in eine Unterscheidung im Sinne des Beklagten eintreten, so wäre keine sichere Grenze zu ziehen zwischen offen wahrnehmbaren und weniger wahrnehmbaren Beschwerden, und es würde jedes Mal, wenn die Unterlassung der Anzeige unterlaufe, über dieses schwankende Verhältniß Streit entstehen können. Wenn die Entschädigungspflicht unter Umständen in solchem Falle als unbillig und hart erscheine, so finde sie doch in der Vorschrift des Gesetzes, welches allgemeine Verhältnisse zu normiren die Aufgabe habe, ihre Begründung. 15.

---

## 2. Fertigungsverhandlungen über Liegenschaftskäufe sind nach aargauischem Gesetz nichtig, wenn die Kontrahenten an der Verhandlung nicht Theil nehmen.

Von Gemeinderäthen wurden hie und da Fertigungen einzig auf Grund des ihnen eingereichten schriftlichen Vertrages vorgenommen, ohne daß die Kontrahenten zur Verhandlung vorgeladen

Digitized by Google

und einvernommen wurden. Das Obergericht hob solche Verhandlungen, wenn sie auf dem Wege des Rekurses seiner Beurtheilung unterstellt wurden, jedes Mal auf. Einem bezüglichen Urtheil vom 4. März 1864 entnehmen wir folgende Motive:

„Nach allgemein feststehenden Grundsätzen und der Natur der Sache genüge es zur Fertigung nicht, daß dem Gemeinderath einfach der Kaufvertrag, der wohl einen rechtlichen Erwerbungsgrund darbiete, übergeben werde, sondern es müsse die Uebergabe und Uebernahme von den Kontrahenten in verbindlicher Weise vor der Fertigungsbehörde erklärt werden, also der Eintragung in das öffentliche Buch vorangehen. Nur durch diese ausdrückliche Erklärung, die sich auch über alle Nebenbestimmungen des Vertrages zu erstrecken habe, erlange die Behörde volle Gewißheit von der Uebereinstimmung des Willens der Kontrahenten, auf welche gestützt die Beurkundung der Uebergabe und Uebernahme durch Eintragung stattfinden dürfe. Nur so verstehe das Gesetz die öffentliche und feierliche Fertigung, durch welche das Eigenthum einer Liegenschaft auf einen Andern übertragen, Pfandrechte begründet und die Rechte älterer Pfandgläubiger in gesetzlicher Weise gewahrt werden sollen. Wenn auch, wie im vorliegenden Fall, ein Kontrahent dem Gemeinderath ein Doppel des Vertrages zu dem Zwecke übergeben, um die Fertigungsverhandlung einzuleiten, und wenn die Parteien dann an dem Tage, auf welchen die Fertigung durch das Amtsblatt ausgekündet worden, vor Gemeinderath erschienen seien, die Fertigung aber damals wegen obwaltenden Hindernissen nicht stattgefunden, so habe der Gemeinderath daraus keinerlei Berechtigung herleiten dürfen, nachher einseitig zu fertigen, sondern im Gegentheil nach wie vor den wichtigen Akt der Eigenthumsübertragung nur unter Mitwirkung der Kontrahenten vornehmen können." 15.

---

Digitized by Google

# Aus der strafgerichtlichen Praxis.

## Antrag des Generalprokurators in der Untersuchungssache gegen Emanuel Braunschweig wegen Anklage auf Meineid.

Im Band I. S. 90 dieser Zeitschrift findet sich ein Aufsatz von Hrn. Oberrichter Moser, betitelt: „Anklage auf betrügerischen Geltstag und Meineid gegen die Gebrüder Jakob und Theodor Nordemann." Diese Untersuchung hatte nämlich eine zweite gegen einen gewissen Emanuel Braunschweig ebenfalls wegen Meineides zur Folge. Da nun in jenem Aufsatze des Antrags, welchen der Unterzeichnete in dieser letztern Untersuchung gestellt hat, und der auch von der Anklagekammer zum Beschluß erhoben wurde, auf S. 97 nur höchst summarisch und unvollständig Erwähnung gethan wird, so sieht sich der Unterzeichnete im Falle, denselben nachträglich in seinem ganzen Inhalte mitzutheilen, um den Gesichtspunkt klar zu machen, von welchem er in diesem nicht unwichtigen Falle ausgegangen ist. Es gründete sich nämlich der fragliche Antrag auf folgende Motive:

1) Daß die Aussagen, welche der Angeschuldigte Braunschweig vor dem Staatsanwalt in Basel gemacht und handgelübdlich bestätigt hat, und diejenigen, welche er in der Hauptverhandlung vor den Assisen in Biel abgegeben und eidlich beschworen hat, sich widersprechen, kann nicht geleugnet werden. Es hat aber dieser Widerspruch auf den obgewalteten Strafprozeß ca. Nordemann und Schwob keinen Einfluß gehabt, da der Letztere ungeachtet der vor den Assisen zu dessen Gunsten gemachten abweichenden Aussagen gleichwohl verurtheilt wurde.

2) Zu einer Anklage auf Meineid genügt es nun aber nicht, daß ein Zeuge in dem Hauptverfahren anders ausgesagt hat, als in der Voruntersuchung. Das bernische Strafverfahren legt überhaupt den Aussagen eines Zeugen in der Voruntersuchung nicht das gleiche Gewicht bei, wie denjenigen im Hauptverfahren, was sich schon daraus ergibt, daß in der Voruntersuchung die Zeugen nicht beeidigt werden, sondern dieß erst im Hauptverfahren geschieht. Es kann daher ein Zeuge im Hauptverfahren seine Aussagen abändern und diese abgeänderten Aussagen selbst eidlich bekräftigen, ohne Gefahr zu laufen, ohne weiters wegen falschem Zeugnisse, resp. Meineid, in Untersuchung gezogen zu werden.

Digitized by Google

3) Was im vorliegenden Falle die Sache auf den ersten Anblick bedenklicher erscheinen läßt, ist der Umstand, daß Braunschweig seine in Basel abgegebenen Aussagen handgelübdlich bestätigt hat. Allein es erscheint die Form der Abhörung in Basel sowohl, als insbesondere das dem Braunschweig abgenommene Handgelübde, in mehr als einer Beziehung unförmlich, weßhalb denn auch diesen Akten nicht die Autorität und das Gewicht beigelegt werden kann, wie wenn sie von kompetenter Behörde und in der gesetzlichen Form vor sich gegangen wären.

a. Vom Standpunkt des bernischen Strafverfahrens erscheint die Abnahme des Handgelübds, wie bereits bemerkt, nicht nur als eine überflüssige, sondern als eine gesetzwidrige Handlung. Es war denn auch der Staatsanwalt in Basel Seitens des Herrn Untersuchungsrichters von Biel keineswegs darum angegangen worden, den Braunschweig handgelübdlich einzuvernehmen. Die Abnahme des Handgelübdes hätte daher unterbleiben sollen. Jedenfalls kann hier vom bernischen Standpunkte aus den Aussagen Braunschweigs in Basel kein größeres Gewicht und keine mehrere Bedeutung verliehen werden, als diese ohne handgelübdliche Bestätigung gehabt hätten.

b. Vom Standpunkt der baslerischen Strafprozeßordnung aus ist zweierlei auffallend: erstens daß die Einvernahme des Braunschweig lediglich von der Staatsanwaltschaft vorgenommen wurde, und zweitens, daß dieselbe sich veranlaßt fand, dem Braunschweig das Handgelübde abzunehmen, obschon auch nach der Strafprozeßordnung von Basel-Stadt die Beeidigung von Zeugen erst in der Hauptverhandlung geschieht.

In ersterer Beziehung zählt die Strafprozeßordnung im § 3 die Amtsverrichtungen des Staatsanwalts auf, und unter diesen erscheint unter litt. g auch diejenige: „Die Requisitionen auswärtiger Behörden in Strafsachen nach Maßgabe bestehender Verträge und Uebungen unter Mitwirkung des Untersuchungsrichters und der Polizeidirektion zu erledigen."

Im vorliegenden Falle hat nun der Untersuchungsrichter von Basel in keiner Weise mitgewirkt. Die Einvernahme geschah einzig und allein durch den Staatsanwalt, und es ist auch das Protokoll lediglich von ihm unterzeichnet. Nicht einmal ein Sekretär wurde beigezogen, während doch nach allgemeinen Grundsätzen zu einem gültigen Verhöre nebst dem Verhörenden auch noch die Anwesenheit eines Sekretärs oder einer anderweitigen Urkundsperson erforderlich ist. (In Basel ist die Beiziehung eines Aktuars als Protokollführer auffallender Weise nicht absolut vorgeschrieben, sondern dem Ermessen des Untersuchungsrichters oder Staatsanwalts

Digitized by Google

anheimgestellt, vergl. §§ 12 und 56 der baslerischen Strafprozeßordnung.)

In der zweiten Beziehung schreibt der § 39 vor:

„Jeder Zeuge ist einzeln abzuhören und wird über seine persönlichen Verhältnisse, so wie über seine Beziehungen zum Angeklagten befragt. Derselbe ist zu ermahnen, die an ihn gestellten Fragen der Wahrheit gemäß zu beantworten, und darauf aufmerksam zu machen, daß ihm in der Hauptverhandlung die eidliche Bestätigung der Wahrheit seiner Aussagen auferlegt werden kann."

Freilich bestimmt dann der § 42 im Weitern Folgendes:

„Auswärts wohnende Zeugen können auf dem Requisitionsweg vernommen werden, wenn ihre persönliche Stellung nicht vertragsmäßig gefordert werden kann oder mit unverhältnißmäßigen Kosten oder großem Zeitverlust verbunden ist. Wenn es bei einem in der Voruntersuchung abgehörten Zeugen bevorstehender Abreise wegen oder aus andern Gründen wahrscheinlich ist, daß derselbe zur Zeit der mündlichen Verhandlung nicht werde erscheinen können, so kann demselben das Handgelübde an Eidesstatt auf die Wahrheit seiner Aussagen vom Untersuchungsrichter abgenommen werden."

Allein offenbar bezieht sich dieser Paragraph nur auf den Fall, wo die Untersuchungsbehörden von Basel zum Zwecke einer von ihnen geführten Untersuchung die Einvernahme von auswärts wohnenden Zeugen auf dem Wege der Requisition zu verlangen sich im Falle sehen, und nicht auf den (hier vorliegenden) Fall, wo ein auswärtiger Untersuchungsrichter von den Behörden in Basel die Einvernahme eines dort angesessenen Zeugen verlangt.

Der Unterzeichnete ist weit davon entfernt, dem Hrn. Staatsanwalt in Basel dießorts einen Vorwurf zu machen. Allein um eine Anklage auf Meineid zu begründen, und zwar wegen einer gerichtlichen Aussage, ist denn doch zum mindesten erforderlich, daß die Abhörung des Zeugen, welcher gegenüber der Zeuge falsch ausgesagt haben soll, — in gesetzlicher Form und vor der zuständigen Behörde erfolgt sei.

Ohnehin hat die ganze Sache gegenwärtig auch nicht den geringsten praktischen Werth mehr, und bei der immer noch vorhandenen Möglichkeit, daß das wenn gleich auffallende Benehmen des Braunschweig wenigstens zum Theil einem Mißverständnisse beizumessen sei — scheint es aus den angeführten Gründen gerechtfertigt, die Sache auf sich beruhen zu lassen, und dem Braunschweig lediglich die ergangenen Untersuchungskosten aufzuerlegen.

Es wird daher angetragen:

1) Es sei die vorliegende gegen Emanuel Braunschweig



Digitized by Google

wegen Anklage auf Meineid eingeleitete Untersuchung gemäß Art. 254 St. V. ohne Entschädigung aufzuheben.

2) Emanuel Braunschweig sei in Anwendung des zweiten Alinea des angeführten Art. 254 St. V. zu Bezahlung sämmtlicher Kosten zu verurtheilen.

Hermann, Generalprokurator.

---

**Lorsqu'un jugement rendu par la chambre de police a été réformé par la Cour de cassation, les membres de la chambre qui ont pris part à la reddition de la première sentence peuvent-ils continuer de connaître de la même affaire, soit comme tels, soit en qualité de membres de la chambre d'accusation ?**

Appendice aux observations insérées au n° 3, p. 99 et suiv.

---

Il a été communiqué à la page 99 ci-dessus un jugement sur la question de savoir si les membres de la chambre de police peuvent statuer sur une affaire dans laquelle ils ont déjà pris part comme membres de la chambre d'accusation, soit lors d'un arrêt de renvoi, soit après avoir prononcé sur une plainte y relative. Cette question peut encore être posée en sens inverse, c'est-à-dire si, notamment dans le cas où un jugement de la chambre de police aurait été annullé sur une demande en révision, les membres de cette chambre qui ont pris part au premier jugement peuvent concourir au prononcé de la nouvelle décision ou à celui d'une décision à rendre par la chambre d'accusation dans la même affaire ?

Cette question a été résolue affirmativement par la Cour d'appel et de cassation, suivant arrêt rendu le 15 mars 1862 dans l'affaire Jean-Jacques Schouh et Ariste Aeberhardt, dont nous faisons suivre un résumé.

Par arrêt de la chambre de police en date du 8 juin 1861, Jean-Jacques Schouh et Ariste Aeberhardt ont été condamnés pour rébellion et résistance envers un officier

Digitized by Google

ministériel dans l'exercice de ses fonctions à la peine de l'emprisonnement. Ils adressèrent à la Cour d'appel et de cassation une demande en révision contre cet arrêt, dans laquelle ils conclurent à ce que préalablement les membres de la chambre de police qui avaient pris part à l'arrêt du 8 juin 1861, de même que M. le procureur général Hermann sur les conclusions duquel cet arrêt avait été rendu, soient récusés à teneur de l'art. 29 du code de procédure pénale. Les exposants alléguèrent à l'appui de leurs conclusions que le ministère public devant produire son requisitoire lors des débats sur la demande en révision et que la récusation d'un magistrat du ministère public devant être soumise au jugement de la chambre d'accusation dont les membres ont été appelés comme faisant partie de la chambre de police à statuer sur l'affaire actuelle, il s'en suit qu'il y a lieu de prononcer d'abord sur la récusation des membres de cette autorité, puis sur celle du procureur général, et seulement enfin sur le mérite de la demande en révision. La Cour d'appel et de cassation tout en admettant qu'il y avait lieu de procéder de la manière ci-dessus, a, par arrêt du 15 mars 1862, débouté les demandeurs en révision de la demande en récusation formée par eux tant contre la chambre d'accusation, que contre la chambre de police,

Considérant :

1° Que la demande en récusation dirigée contre les membres de la chambre d'accusation se fonde uniquement sur l'assertion que cette autorité aurait commis de graves erreurs dans l'appréciation des faits, lors de l'arrêt par elle rendu contre les excipients Schouh et Aeberhardt, le 8 juin 1861 ;

2° Que d'une part, si l'on ne consulte que les actes qui ont servi de base à cet arrêt, les prétendues erreurs signalées, en tant qu'elles seraient de quelque importance, sont loin d'être démontrées ;

3° Que, d'un autre côté, si la révision sollicitée par

Digitized by Google

les condamnés Schouh et Aeberhardt est ordonnée, rien n'autorise à croire, ni même à avoir l'ombre d'un soupçon, que les magistrats qui ont pris part à l'arrêt en question n'examineront et n'apprécieront point avec toute l'impartialité possible et sans prévention aucune les nouvelles pièces qui pourront leur être soumises et les nouveaux débats qui auront nécessairement lieu;

4° Que la cause de récusation articulée et invoquée par Schouh et Aeberhardt ne rentre point dans la catégorie de celles spécialement prévues par la loi; et que de ce qui précède, il résulte qu'il n'y a pas lieu pour la Cour de faire usage de la faculté que lui donne l'art. 29 Code pr. pén.;

5° Qu'enfin, en ce qui concerne la demande en récusation dirigée contre le procureur général, c'est la chambre d'accusation qui est compétente pour en connaître (art. 35, Code pr. pén.). F.

## Berichtigung.

Die Ueberschrift des in Nr. 8, S. 284, mitgetheilten aargauischen Urtheils soll lauten: „Eine verjährte Forderung läßt sich **nicht** auf dem Wege der Compensationseinrede geltend machen."


## Inserate.

### Für Juristen und Kaufleute.

**Gerichtssaal.** Zeitschrift für Strafrecht und Strafprozess. Herausgegeben von den Professoren Dr. A. Berner, Dr. Th. Gessler, Dr. J. Glaser, Dr. H. Hälschner, Dr. K. J. Mittermaier, Dr. Fr. Walther, sowie von Dr. A. v. Hye-Glunek und Dr. Fr. O. Schwarze. XVI. Jahrgang. 6 Hefte. 2 Thlr. 16 Sgr. oder 4 fl. 24 kr.

**Jahrbücher** der deutschen Rechtswissenschaft und Gesetzgebung. In Verbindung mit mehreren Gelehrten herausgegeben von Prof. Dr. H. Th. Schletter. 1865. XI. Band in 3 — 4 Heften à 20 Sgr. oder 1 fl. 12 kr.

**Zeitschrift** für das gesammte Handelsrecht. Herausgegeben von Prof. Dr. L. Goldschmidt und Prof. Dr. Laband. VIII. Bd. 1865. In 3 — 4 Heften in der Stärke von 40 Bogen. 3 Thlr. 18 Sgr. oder 6 fl.

Verlag von Ferdinand Enke, in Erlangen.


Druck von Rieder & Simmen in Bern.

Digitized by Google

# Zeitschrift
des
# Bernischen Juristen-Vereins.

**Band I.** **Nr. 10.**

1. April 1865.

**Inhalt:** Das bernische Obligationenrecht und der Entwurf eines schweizerischen Handelsrechts, S. 321. — Zuständigkeit der Assisen, II. S. 334. — Civilrechtsprechung: Bern, alter Kanton, S. 346; Bern, Jura, S. 349; Aargau, S. 352. — Entgegnung von Hrn. Thurneysen, S. 354.

## Das bernische Obligationenrecht und der Entwurf eines schweizerischen Handelsrechts.

Von Dr. Emil Vogt.

Nach einer Menge von Pröbeleien im Gebiete des Civilrechts durch Spezialgesetze sind wir dahin gekommen, das Bedürfniß einer neuen Revision desselben anzuerkennen; der im Jura geltende Code civil ist unterdessen stationär geblieben, alle legislativen Abänderungen, die er seit 50 Jahren in seinem Vaterlande erfahren, kamen dem dortigen Recht nicht zu gute. Desto versessener sind die Leberberger auf dessen ursprüngliche Gestalt, sie meinen, darin habe sich das legislatorische Genie aller Zeiten erschöpft. Frägt man, abgesehen von der präzisen Sprache des Code Napoléon, nach dessen innerm Gehalte, so weist er, mit Ausnahme der ehelichen Güterrechtsverhältnisse, wenig auf, was nicht aus dem römischen Rechte herstammte, und darunter sind manche mißverstandene, halbcopirte Sätze. Aber sie leben darunter, wie ihre Nachbarn der welschen Schweiz, als gäbe es gar nichts, das nur einer Verbesserung bedürfte: mit einer Zähigkeit ohne Gleichen läugnen sie das Grundgesetz der Philosophie der Geschichte, daß eine ewige Evolution des menschlichen Geistes das Leben bildet. Wer kann sich heutzutage einen größern juristischen



Digitized by Google

Unsinn denken, als die Eintheilung des Code civil, der in seinen drei Theilen von Personen-, Sachenrecht und Erwerb des Eigenthums handelt, und in bunter Reihe unter dem letztern Erbrecht und Verträge, Ehevertrag und Kauf, Expropriation und Privilegien neben einander aufführt? — Diese totale Verkennung des Gehaltes aller Rechte, die dem Code zu Grunde liegt, dessen Redaktoren zwischen ethischen und abstrakten, zwischen persönlichen und dinglichen, zwischen Familien- und Erbrechtsverhältnissen keinen innern Unterschied zu machen wußten, hat zu einer Menge schiefer Auffassungen geführt: als Grundlage für ein anderes Privatrechtssystem kann dasjenige des französischen Gesetzes nicht dienen, so treffliche und humane Detailbestimmungen es auch enthält.

Kann dieß das jetzt geltende bernische Gesetzbuch? — Eben so wenig: der Aufriß seines Systems, welches die Familienverhältnisse in das sogen. Personenrecht verweist, dem Erbrecht eine Stelle unter den dinglichen Rechten gibt, die dinglichen und persönlichen Rechte zusammen unter dem Namen Sachenrecht classifizirt, zeigt deutlich, wie wenig Klarheit dort herrschte über den Bau des ganzen Systems. Wir lassen die übrigen Theile hier bei Seite, und wollen das Gesagte nur bei dem Obligationenrecht beweisen, wobei wir auch ganz absehen von der subjektiven Construktion dieses Theiles, die sich darin ausprägt, daß immer die einzelne Befugniß, die einzelne Verpflichtung, in den Vordergrund treten, anstatt daß ein Rechtsinstitut als objektive Norm aufgefaßt werden sollte, aus der sich erst die Theilnahme des Individuums in subjektiver Form ableitet.

Den Begriff eines obligatorischen Rechtsverhältnisses haben uns die Römer überliefert; es existirt dann, wenn die Macht und Freiheit einer Person der Macht einer andern der Art unterworfen ist, daß diese den Willen jener zu binden (obligare) berechtigt ist. Eine Leistung ist der Zweck der Obligation, nicht ein Anspruch auf eine Sache, nie eine dingliche Berechtigung an dieser selbst. Aus der Verkennung dieses Begriffes, aus dem Hineintragen einer formalen Handlung in das Obligationenrecht, und zwar unter dem Glauben, daß diese dessen Inhalt

Digitized by Google

ausmache, ist ein verderbliches Hereinziehn von Materien in das Obligationenrecht entstanden, dem ein Ende gemacht werden muß. Wir meinen den Begriff des Vertrages. In allen Rechtsverhältnissen kommt er vor, z. B. im Familienrecht als Ehevertrag, im Erbrecht als Erbvertrag, selbst die Tradition ist eine vertragsmäßige Handlung, besteht sie ja doch nur in dem geäußerten und ausgeführten Willen, eine Sache zu übergeben: der Vertrag ist ein Rechtsgeschäft generellen Charakters, nur äußert er sich praktisch am meisten in der Begründung einer Leistung. Vertragsrecht und Obligationenrecht sind demnach sehr verschiedene Begriffe: entstehen die letztern doch ja ebenso gut aus Delikten, Quasidelikten, ja aus Zuständen und zufälligen Ereignissen, wie die Berechtigung und Verpflichtung zur Vorlegung einer Sache.

Irrigerweise hat daher das bernische Gesetz in das Obligationenrecht aufgenommen:

Den Pfandvertrag, der seiner Natur nach keine Leistung begründet, sondern ein dingliches Recht, somit zu den Erwerbungsformen dinglicher Rechte gehört, und dort abzuhandeln ist;

Den Erbvertrag, der ein ethisches, ein konkretes Rechtsverhältniß gründet, keineswegs aber ein abstraktes, wie jede sonstige Obligation, und in das Familienrecht gehört;

Den Kompromiß, der übrigens schon durch den Civilprozeß von 1847 mit Recht ausgeschieden worden ist.

Die Aufnahme dieser Rechtsinstitute in das System des „persönlichen Sachenrechts" beruhte also auf der Verwechslung von Vertrag mit der Kreirung einer Leistung: man nahm damals noch an, jeder Vertrag gehöre eben zu den obligatorischen Verhältnissen. Allein noch mehr. Andern Rechtsgebieten Angehöriges ist in den letzten Theil unsers Gesetzbuches eingeflossen.

Was hat die Schenkung darin zu thun, die ebenso ein Rechtsgeschäft universellen Charakters ist, wie Remission, und nur dann ein obligatorisches Gepräge hat, wenn sie eine Leistung des Schenkers an den Beschenkten kreirt? Die gewöhnlichste Form derselben, die Ueberweisung eines Almosens an einen Armen, konnte so lange juristisch nicht konstruirt werden, als man an der Ver-

Digitized by Google

tragsnatur der Schenkung als an ihrem Hauptprinzipe festhielt; die Schenkungen von Todes wegen mußten deßhalb im System der persönlichen Rechte angeführt und zugleich in das Erbrecht verwiesen werden, weil sie an jener Stelle schlechterdings nicht unterzubringen waren.

Um die Reihe dieser einzelnen „Vertragsarten" zu schließen, die nicht in das Obligationenrecht gehören, erwähnen wir auch das Zugrecht, dem Leuenberger bereits in seinen Vorlesungen die gebührende Stelle unter den dinglichen Rechten angewiesen hat. Als besonderes Institut, das sonst nirgends seine Stelle fand, sind dann, unter Verwechslung der beiden Begriffe Verjährung und Ersitzung, diese an das Ende des Obligationenrechts gestellt worden, wie im Code civil. Die Acquisitivverjährung hat da nun gar nichts zu thun; aber auch die Extinktivverjährung ist nur bei einzelnen Rechtsverhältnissen obligatorischer Natur von Bedeutung: denn welchen Einfluß soll sie auf Depositum, Mandat u. s. f. haben? — Anerkannt beruht sie, als allgemeines Institut aufgestellt, auf einem im 18. Jahrhundert gäng und gäben Mißverständniß des römischen Rechtes.

Wir stehen jedoch nicht an, noch eine Menge einzelner Bestimmungen des Einleitungstitels „von den Verträgen überhaupt" aus dem Obligationenrecht zu weisen. Die Vertragsfähigkeit ist als Zustand dem Personenrecht zu vindiziren; Zwang, Irrthum u. dgl. sind nicht bloß Hindernisse der Einwilligung, d. h. Willensäußerung, sondern der Willensbestimmung, sie spielen deßhalb eine Rolle in allen Zweigen des Rechtslebens (z. B. Familien- und Erbrecht), gehören daher auch in den allgemeinen Theil des Gesetzes, ebenso die (in unserm Gesetze sehr mager behandelten) Bedingungen.

Gehört das Alles nur theilweise in das Obligationenrecht, so können wir noch eine Menge Bestimmungen zitiren, die wohl jedermann als obsolet für die jetzige Zeit anerkennen wird, ohne daß es dazu weiterer Ausführung und Begründung bedürfte. So bei dem Darlehn die Bestimmung eines Zinsmaximums, das Institut der Obligationen u. dgl. m.

Digitized by Google

Wir zweifeln nach diesen Bemerkungen, ob die Hälfte des bestehenden Obligationenrechts noch irgend einen Anspruch auf Fortbestand habe, zumal da Vertragsarten darin näher ausgeführt sind, welche wegen ihrer geringen praktischen Bedeutung kaum Anspruch auf Detailvorschriften haben dürften: wir glauben vielmehr, daß nur ein geringer Theil desselben die jetzige Revision überdauern werde. Dagegen fehlt es unserm Gesetzbuche an zwei Kategorien von obligatorischen Verhältnissen, die es kaum berührt hat: die eine suchen wir vergeblich, ohne es begreifen zu können, warum sie fehlen; für die andern erklärt sich der Mangel aus flagranten Gründen. Folgendes mag indessen zur Erklärung dienen:

Die Civilgesetzgebung der 20er Jahre traf eine wesentlich agrikole Bevölkerung an: auf ihre damaligen Bedürfnisse sollte sie berechnet sein. Dem widersprach freilich die abstrakte Fassung des Gesetzes: als Volksbuch — wenn es eines werden sollte — stand es in seiner Voranstellung von Begriffen, in seinen knappen Definitionen, weit hinter den Gerichtssatzungen zurück, welche die lebendige Anschauung des Volkes von den es berührenden Rechtsverhältnissen mit Recht voraussetzten, ohne sie in eine Definition zwängen zu wollen, und dann die konkretesten, praktisch am meisten vorkommenden Fälle normirten. Aber es fehlte noch mehr der Wille, sich in diese Verhältnisse der agrikolen Bevölkerung lebendig hineinzuversetzen. Das liegt auf der Hand, wenn wir im Gesetze kaum eine Spur von Leibgeding (Verpfründung), von Dienstbotenverhältniß u. dgl. entdecken, wiewohl gerade diese eine viel nähere Ausführung erheischt hätten, als Depositum und Leihvertrag. Wie weit läßt darin das allerdings nach bernischem Vorbilde gearbeitete Solothurnergesetzbuch das unserige zurück! Wie fein und treffend stellt es einen wirklichen Rahmen auf, in welchen diese Lebensverhältnisse so passend sich einfügen! — Für diese Verhältuisse, die häufig auf dem Lande zu ethischen sich gestalten, und die wir mit dem Ausdrucke „individuelle obligatorische Verhältnisse" bezeichnen möchten, fehlen uns die Normen; ihr Mangel bekundet eine gewisse Oberflächlichkeit bei der Behandlung des ganzen Stoffes.

Digitized by Google

Eine zweite Kategorie obligatorischer Verhältnisse, die hingegen einen universellen Charakter an sich tragen, findet sich ebenso wenig in dem bernischen Gesetzbuche berührt, als die erste, allein aus guten Gründen. Wir meinen die Handelsverhältnisse, die Verhältnisse des allgemeinen Verkehrs. Ein Beispiel mag genügen. Ein Hauptprodukt unsers Landes, der Käse, wurde vor 40 Jahren kaum durch Associationen hervorgebracht; von eigentlichen Kollektivgesellschaften zur Fabrikation desselben, gar von solchen mit Aktienbetheiligung (vgl. Munzinger, Motive, pag. 163 ff.) keine Spur, noch weniger von einer direkten Verbindung der Produzenten mit den ausländischen, gar überseeischen Konsumenten. Wie sehr hat sich dieß geändert! Die Käsereien in entlegenen Thälern beginnen bereits, mit Umgehung aller bisherigen Zwischenpersonen, direkt mit dem Auslande zu verkehren; Fabrikation und Handel betreiben sie kaufmännisch, sie sind in den Weltverkehr eingetreten. Das alte Kleid paßt nicht mehr: die dürftigen Bestimmungen über Societät, die wir haben, genügen nicht mehr, wenn die Eisenbahnen nahe an den Käsehütten eine Station errichten.

Sind für die allgemeinen Verkehrsverhältnisse in dem Code (civil wie commercial), in dem Zürchergesetz, wie in dem Entwurf des schweizerischen Handelsgesetzes gute Vorbilder vorhanden, so fehlen sie für die individuellen Verhältnisse im Solothurner-Gesetze, wie in dem freiburgischen Code und den dazu dienenden Spezialverordnungen ebensowenig: jenes hat mehr die menschlichen Beziehungen im Auge, dieser enthält eingehende Bestimmungen über den Verkehr mit Vieh, über Bewirthung der Bauerngüter Allein wir wollen nicht übersehen, daß die bernische Gesetzgebung seit dreißig Jahren doch einige Spezialgesetze, z. B. dasjenige von 1836, Kapitalablösung betreffend, das Konkordat über Viehhauptmängel u. s. w. dem Codex angehängt hat, die alle zu verarbeiten sind bei der Revision. Es ist allerdings richtig, daß die Gesetzgebung in andern Zweigen des Privatrechtes mehr Abänderungen getroffen hat, als im Obligationenrechte, allein auch hier sind sie immerhin von großer Wichtigkeit.

Digitized by Google

Wir konstatiren somit vier wesentliche Punkte:

Ein Zuviel in unserm Obligationenrechte durch Hereinziehen von Verträgen aller Art, die nicht in dasselbe gehören;

Ein Zuwenig bezüglich individueller obligatorischer Verhältnisse;

Fast absoluten Mangel an Bestimmungen über Handelsverkehr;

Nothwendigkeit der Verarbeitung von bereits vorhandenen Spezialgesetzen —

und das nachstehende Tableau mag die Hauptsache wenigstens zusammenstellen:

1. Es bleiben für die Revision vom bestehenden Gesetze über Obligationen (natürlich vorbehältlich einer gründlichen Durcharbeitung und Aufnahme der Spezialgesetze) übrig:

Ein Theil des Tit. I, von Verträgen überhaupt;

Von Tit. II (einzelne Vertragsarten): Aufbewahrung, Leihe, Darlehn, Mandat, Kauf, Miethe, Verdingung, Gesellschaft, Bürgschaft — d. h. von 14 Rubriken nur 9;

Tit. III (Schadensersatz);

Tit. IV Umänderung und Aufhören; während Tit. V sonst zu verschmelzen ist.

2. Dagegen sind neu zu schaffen und aufzunehmen, wobei ebenfalls Spezialgesetze, wie die Wechselordnung, das Gewerbsgesetz von 1849, u. s. w., zu benutzen und zu verschmelzen sind:

Der größere Theil des Einleitungstitels (Bestärkung der Verträge, Culpa, Mora, Kompensation), Honorarvertrag, Aktiengesellschaft mit ihren verschiedenen Zweigen, Dienstboten-, Lehrvertrag, Kommission, Spedition- und Frachtvertrag, Versicherungsverträge aller Art, Leibgeding und Leibrente, Schuldurkunden auf den Inhaber, Obligationen aus Zuständen und zufälligen Ereignissen, — d. h. seiner Bedeutung und seinem Umfange nach mehr als das Doppelte von dem Bleibenden.

Indessen ist hier noch zu viel behauptet, wenn wir sagten, daß von dem Tit. II unseres Gesetzbuches neun Vertragsarten stehen bleiben: der Kauf bedarf so vieler Einzelnbestimmungen

Digitized by Google

(z. B. über Uebergang der Gefahr, über verspätete Lieferung, und deren Folgen u. s. w.), vom ganzen Gesellschaftsvertrag ist so wenig mehr zu brauchen und so viel über Kommandite, über Prokuristen u. s. w. neu zu schaffen, daß wir füglich sagen können, nur von den praktisch weniger wichtigen Theilen des bernischen Obligationenrechts bleibt noch etwas, was für die Zukunft brauchbar ist, d. h. ungefähr so viel, als was in jedem beliebigen Gesetzbuche steht. — Wir stehen endlich nicht an, die ganze Wechselordnung auch dem Obligationenrechte zu vindiziren; sie befaßt sich ja mit nichts Anderm, als mit einer eminenten Form der Cession von Forderungen.

Blicken wir noch einmal zurück, so wird vielleicht ein Viertheil unsers Obligationenrechtes noch fernern Bestand haben, wohl drei Viertheile sind darin theils neu zu schaffen, theils zu verarbeiten.

In diese Zeit der kantonalen Revision des ganzen Civilgesetzes fällt nun ein eidgenössischer Versuch zu Herstellung eines Theiles des Obligationenrechts, des sogen. Handelsrechts. Welche Folge er haben wird, welche Wirkung er erreichen mag, wissen wir nicht; aber es liegt nahe, daß ihm ein günstiges Prognostikon, allgemein schweizerisches Recht zu werden, nicht zu stellen ist. Den trefflichen Entwurf eines interkantonalen Gesetzes über Niederlassung u. a. m. hat man in der Bundesversammlung aus schwer zu begreifenden Gründen verworfen; die Wechselordnung der konkordirenden Kantone ist nur in einem eingeführt, in allen übrigen wieder abgeändert worden. Allerdings sind wir darin Bahnen gewandelt, die in Deutschland vorher schon beschritten worden waren; aber wenn dort der Zug dahin ging, nicht bei einem Handelsrechte stehen zu bleiben, sondern ein gemeinsames Obligationenrecht zu schaffen, werden wir nicht durch die Natur der Sache ebendahin gedrängt werden?

Doch verlieren wir uns nicht zu weit: begrüßen wir vielmehr freudig den Entwurf nebst den so eben dazu erschienenen Motiven Munzingers. Klarheit und Durchsichtigkeit des Ganzen — die Motive lesen sich so leicht wie ein Roman, weil er die leitenden Prinzipien überall scharf hervorhebt und der Leser glaubt,

Digitized by Google

es verstehe sich alles Weitere von selbst, wenn er nur jene einmal überdacht — ein überall sich kundgebendes Streben nach Freiheit (z. B. in Betreff der Aktiengesellschaft durch Beseitigung der staatlichen Bevormundung); sorgfältigste Benutzung der neueren Literatur, ja sogar der Jurisprudenz der letzten Monate, um durch einen bestimmteren Ausdruck eine Kontroverse zu entscheiden (vid. §. 37 Wechselordnung dazu §. 385 des Entwurfes und Motive, pag. 372) — das sind unverkennbare Zeichen einer gediegenen Arbeit. Und an einem Theile seiner Arbeit wollen wir dieß speziell nachweisen: am Wechselrecht, weil dieses eine Reproduktion unserer Wechselordnung ist, aber mit unzweideutigen, größtentheils in Basel schon eingeführten, Verbesserungen. Es gewähren namentlich den Vortheil einer *größern Deutlichkeit und Bestimmtheit* im Entwurf (E.) gegenüber der Wechselordnung (WO.):

Das bestimmte Verbot der Ratenwechsel und des Zinsversprechens im Wechsel (E. § 351 — WO. §. 4);

Die Aufnahme des Remittenten (E. §. 375 — WO. § 22) unter die zum Regreß auf Sicherstellung Berechtigten, während der Entwurf nur von Indossataren redet;

Die Veränderung des Ausdruckes Zahlungstag in Verfalltag (E. §. 385 — WO. §. 37), wodurch die neulich in Bern in gleichem Sinne beurtheilte Frage erledigt wird, ob bei Verfall auf einen Sonn- oder Festtag die beiden folgenden Tage dem Inhaber zur Protesterhebung zustehen;

Die Bestimmung des § 402 E., daß der Rückwechsel unmittelbar (a drittura) auf den Regreßpflichtigen zu stellen sei, während unser §. 54 WO. nur einen direkt zum Inkasso gesandten Rückwechsel gelten läßt;

Der bestimmte Ausschluß der höhern Gewalt (E. § 483 — WO. § 87), die nicht als Entschuldigung gilt, wenn der Wechsel z. B. nicht rechtzeitig protestirt worden;

Der deutliche Ausschluß aller nicht aus dem Wechselrecht hervorgehenden Einreden (E. §. 436 — WO. §. 102).

Man kann diese Verbesserungen alle als Redaktionsveränderungen bezeichnen, allein sie bleiben demungeachtet wirkliche Ver-

Digitized by Google

besserungen. Abändernd und zwar richtig abändernd sind jedenfalls:

Die Verzinslichkeit des Wechsels à 6 % vom Verfalltag an (§. 399 E. — §. 51 WO., die nur 5 % annimmt), weil dieß ein wesentlich kaufmännisches Geschäft ist, in welchem dieser Zinsfuß der allgemein übliche ist;

Die (in §. 402 E. gegenüber §. 55 WO. gegebene) Befugniß jedes (auch nicht mit einem Regresse angesuchten) Wechselschuldners, gegen Bezahlung die Uebertragung des Papieres vom Inhaber zu verlangen;

Die Verpflichtung des Ehrenzahlers, dem Honoraten die Intervention anzuzeigen (E. §. 415 gegenüber WO. §. 67);

Die Verbindung des Territorial- und Nationalitätsprinzipes in Betreff der Wechselfähigkeit von Ausländern (E. §§. 437 und 438 — gegenüber WO. §. 73) ähnlich wie dieß schon das Züricher Gesetzbuch überhaupt gethan hat, so daß ein Ausländer als wechselfähig behandelt wird, sei es nun in Folge seines Heimatrechtes oder nach dem Recht des Ortes, wo er die Handlung vornimmt.

Einer einzigen Abänderung stimmen wir nicht bei: daß nach Vorgang der deutschen Wechselordnung die Verjährungsfrist gegen den Acceptanten wieder auf drei Jahre hinausgeschoben wird, anstatt auf ein Jahr nach der WO.; allein auch dieser Vorschlag hat seine guten Gründe; es läßt sich pro et contra gleichviel sagen; soviel ist wenigstens sicher, daß diese angeführten Abänderungen reiflich durchdacht sind und nur wenigen Jemand seine Zustimmung versagen wird.

Wir haben absichtlich den Entwurf, soweit er die WO. enthält, hervorgehoben, weil hier, im Verhältniß zu unserer Gesetzgebung, bereits Bestehendes verbessert, nicht eigentlich Neues geschaffen wird. Es ist wohl einleuchtend, daß eine besondere WO. in einem Staate nicht existiren soll, der Jedermann die Wechselfähigkeit zugesteht, der auch vertragsfähig ist; in solchen Ländern ist das Wechselgesetz Gemeingut, Theil des allgemeinen bürgerlichen Gesetzbuches. Die ihm gebührende Stelle ist im Obligationenrecht zu suchen: Cession, Anweisung u. dgl. hat es

Digitized by Google

zu behandeln, und was ist der Wechsel Anderes als eine eminente Form, in welcher Forderungsrechte und Verpflichtungen, von ihrer causa losgetrennt, dem allgemeinen Verkehr übertragen werden? — Unberücksichtigt lassen können wir den Entwurf nicht bei der Revision, soweit das Wechselrecht durch dieselbe ergriffen wird, weil der Entwurf handgreifliche Verbesserungen enthält, die Jederman anerkennen wird: ohnedem erheischt schon unser Nachtragsgesetz von 1860 eine Verschmelzung mit der WO. bei der Revision.

In einem Theile des Obligationenrechtes müssen wir also den Entwurf beachten und für die Revision benutzen; stehen etwa den übrigen Theilen desselben Einwendungen entgegen, um sie nicht wenigstens als Vorarbeit für unsere Codifikation gelten zu lassen? — Wir gestehen im Voraus, daß wir Alles bei Seite liegen lassen möchten, was in dem Entwurf aufgestellt ist, um einen besondern Handelsstand zu gründen: besondere Handelspersonen, mit civilen Folgen verknüpfte Handelsregister, besondern kaufmännischen Gerichtsstand und Konkurs, eine Kassationsbefugniß des Bundesgerichts in Handelssachen unterstützen wir nicht, weil wir nur Ein bürgerliches Recht kennen wollen, d. h. wir würden so ziemlich das erste, vierte und fünfte Buch des Entwurfes beseitigen: allein die Hauptsache desselben ist im 2ten und 3ten Buche enthalten, in den materiellen Bestimmungen über Gesellschaften und Mobiliarverkehr (d. h. über die kaufmännischen Geschäfte), in Zweigen des Obligationenrechtes, in denen das unserige kaum den Anfang eines Gesetzes enthält. Mit Allem sind auch wir nicht einverstanden; reiflich durchdacht ist aber das Ganze, größtentheils sehr gut, und was sollte uns hindern, dieses, wie das Wechselrecht, als eine Vorarbeit zu betrachten, die für unser Obligationenrecht gemacht worden? — Lernen wir von der „weisen" Zürich: mit der Ausarbeitung eines Civilprozesses beschäftigt, haben die Zürcher den schweizerischen Juristenverein angegangen, ihnen den Bagatellprozeß vorzuarbeiten; das war ganz in der Ordnung. Unsere Stellung gegenüber dem Entwurf ist dieselbe, welche die konkordirenden Kantone Deutschland gegenüber einnahmen, als sie mit der Ein-

Digitized by Google

führung der Wechselordnung Ernst machten; sie nahmen diese nebst allen Vorarbeiten von Kommissionen und Konferenzen mit Recht als für sie gemachte Vorarbeiten auf und stellten ein Gesetz her, das im Ganzen der deutschen Wechselordnung vorzuziehen ist. Das sollten auch wir mit dem Munzingerschen Entwurfe machen, der im Ganzen ebenfalls auf der Vorarbeit fußt, welche in Deutschland gemacht worden, und daneben sich soviel als möglich dem französischen Rechte zu nähern sucht. Doch sind hier noch einige Bedenken zu untersuchen, die wir releviren, ohne an eine Detailkritik der übrigen Theile des Entwurfes zu denken, oder nur nachzuweisen, wie derselbe, mit allem Streben, einen besondern Handelsstand zu schaffen, doch nicht dazu gelangen konnte, ohne mit sich selbst in Widerspruch zu gerathen.

Wird durch eine Verschmelzung des Entwurfes in das bernische Obligationenrecht nicht der Zweck beeinträchtigt, ein gemeinsames schweizerisches Handelsrecht zu begründen? sollen wir denselben nicht später tale quale annehmen mit andern Kantonen? — Wir halten dafür, daß es damit gerade so gehn wird, wie mit der Wechselordnung: nur als bestimmtes Gesetz für sich werden ihn einige Kantone annehmen, jeder wird gezwungen sein, einzelne Abänderungen zu treffen, wie u. a. die auf Konkurs bezüglichen, wie es für die Exekution von Wechselschulden geschehen mußte; ein einheitliches Gesetz für den Handel erhalten wir erst dann, wenn die ganze Schweiz nur Ein Obligationenrecht hat, und dieß kann auch nicht hergestellt werden ohne Ein Civilgesetz, ohne Einen Civilprozeß sogar. So weit wird aber kein Unitarier seine Hoffnungen für dieses Jahrhundert ausdehnen.

Bedürfen wir einer so detaillirten Ausführung des Handelsrechts, wie sie im Entwurf enthalten ist, sollen wir mit Conossementen, Warrants, Chèques behelligt werden? — Allerdings, der Strom des großen Verkehrs, in den seit der Errichtung von Telegraphen und Eisenbahnen jedes Land gerathen ist, durchzieht auch unsern Kanton, und er bringt alle diese neuen Einrichtungen von selbst mit sich, rühren sie ja doch meistens von den Engländern her, und zwar nicht durch Gesetze, sondern durch das

Digitized by Google

praktische Bedürfniß hervorgerufen. Mit Recht sagt Munzinger in seinen Motiven irgendwo, daß es nur wünschbar sein könne, wenn diese neuen Verkehrsbedürfnisse schon eine Regel finden, die ihnen das Gesetz angibt; der Gesetzgeber hat eben nicht bloß unmittelbar das in objektive Normen zu bringen, was das Leben bereits mit sich gibt, er muß auch in das Auge fassen, was noch entstehen wird. Daß der Entwurf übrigens von freien Anschauungen ausgeht, haben wir bereits oben bemerkt.

Wie soll sich unsere Revision mit dem Entwurfe und mit der französischen Gesetzgebung zugleich zurecht finden, da diese wenigstens für das Obligationenrecht maßgebend sein soll? — Die Frage ist nur scheinbar eine schwierige. Es wird Jedermann einverstanden sein, daß die Revision die Ordnung des Code nicht befolge: ein größeres Mißverständniß als bei der Classifikation des dritten Buches des Code hat, wie oben bemerkt wurde, wohl selten obgewaltet; diese Anordnung ist daher zu verlassen. Es bleibt also die Ausführung im Einzelnen übrig, wobei nicht unbeachtet zu lassen ist, daß der größte Theil des Code de commerce in das neue Obligationenrecht aufzunehmen ist. Sind die Verschiedenheiten des Entwurfes und des Code so groß, daß eine Verschmelzung unmöglich wäre? Wir behaupten nein, wollen aber den vorliegenden Aufsatz nicht so weit ausdehnen um dieß im Detail nachzuweisen; nur so viel im Allgemeinen, daß der Entwurf die polizeilichen Fesseln des Code de commerce meist beseitigt hat, womit auch die Juraſſier einverstanden sein werden, und daß er in denjenigen Punkten, in welchen er von diesem Gesetzbuche abweicht, gerade die in Frankreich selbst seither erlassenen Abänderungsgesetze berücksichtigt, d. h. Arbeiten, die im Mutterlande des Code selbst für nothwendig erachtet worden sind (so z. B. dasjenige von 1863 über sociétés à responsabilité limitée.)

Unsere Ansicht über die Frage: welche Stellung wir gegenüber dem Entwurfe eines schweizerischen Handelsrechts einzunehmen haben, läßt sich also kurz folgendermaßen zusammenfassen. Wir betrachten ihn als eine für uns gemachte Vorarbeit eines Theiles unsers Obligationenrechts; wir entfernen uns davon nur

Digitized by Google

da, wo er im Einzelnen fehlen sollte; wir denken uns denselben als zukünftigen Theil eines jeden Kantonalgesetzes, das zu revidiren ist, oder als zukünftiges Spezialgesetz jedes Kantons, der seine bisherige Gesetzgebung behalten und nur für das Handelsrecht etwas Neues schaffen will. Damit wäre denn unsere Aufgabe als Juristen auch dahin gestellt: Antheilnahme an der Discussion des Entwurfes im Einzelnen, die dann jedenfalls den Zwecken zu Gute kommen muß, deren Erstrebung der Kanton Bern mit seiner Totalrevision des Civilgesetzes, die Eidgenossenschaft mit der Herstellung eines Handelsrechtes sich vorgezeichnet haben.

---

## Die Zuständigkeit der Assisen nach den jetzigen Gesetzen und nach dem neuen Strafgesetzesentwurf.

Von Oberrichter F. Moser.

---

### II.

### Nach dem neuen Strafgesetzentwurf.

(Schluß.)

Kehren wir nun zum speziellen Nachweise der Geschäftsvertheilung zurück.

I. Die von den Assisen zu beurtheilenden Delikte.

Wie wir gesehen haben, gehören nach der Verfassung und dem Organisationsgesetz hieher die Verbrechen und politischen und Preßvergehen. Als Verbrechen sind nach dem Entwurfe anzusehen die im Maximum mit Tod oder Zuchthausstrafe (Minimum 1 und Maximum 20 Jahre) bedrohten Delikte. Welche Vergehen zu den politischen gehören, hat dagegen der Entwurf zu bezeichnen nicht für gut gefunden, und doch sollte dieß im Interesse des Rechts und der Sicherheit einmal mit Unbefangenheit und Liberalität geschehen. Wir haben früher in einer politisch sehr bewegten Zeit eine daörtige gesetzliche Bestimmung sehr vermißt. Es kamen damals viele Fälle vor die Anklagekammer, die nach unserm Dafürhalten entschieden als politische Vergehen vor die Geschwornen hätten gewiesen werden sollen.

Digitized by Google

Es geschah niemals. Auf die Frage, welche Delikte denn als politische Vergehen zu betrachten seien, sprach man von Hochverrath, und höchstens etwa noch von Aufruhr. Diese gehörten aber bereits als Verbrechen vor die Geschwornen, so daß politische „Vergehen" damals unbekannte Größen waren. Nach deutschen Gesetzen sind gewöhnlich als solche bezeichnet: Hochverrath, Landesverrath, Majestätsbeleidigung, die sogenannten staatsgefährlichen Unternehmungen, Aufruhr, Erregung von Haß und Verachtung gegen die Regierung, Theilnahme an staatsgefährlichen Vereinen, Beherrschung und Verfälschung der politischen Wahlen. Das Zürchergesetz über das Strafverfahren enumerirt vorerst im Art. 14 folgende Delikte: Hochverrath, Landesverrath, Aufruhr, erfolglose Aufreizung zu Aufruhr, und bestimmt dann allgemein am Schlusse des §. 15, wo die in der Regel der bezirksgerichtlichen Beurtheilung anheimgestellten Delikte aufgezählt sind, noch: „Auch „die hier aufgezählten Verbrechen gehören jedoch an das Schwurgericht, wenn sie einen politischen Charakter haben." In den Anmerkungen hiezu sagt Professor Rüttimann: „Nach dem Sprach„gebrauch des täglichen Lebens, der wohl bei diesem Begriff „maßgebend sein muß, ist es wesentlich die Triebfeder einer straf„baren Handlung, welche sie zu einem gemeinen oder politischen „Verbrechen stempelt, je nachdem die Leidenschaft, welche den „Thäter anspornt, und der Zweck, den er vor Augen hatte, „vorherrschend dem Privatleben oder dem öffentlichen Leben an„gehört." Neben der einzelnen Aufzählung ist ein solches allgemeines Dispositiv jedenfalls nothwendig; wir würden indessen die Garantieen, welche jene Verfassungsbestimmung geben will, noch mehr in einer vollständigen Enumeration suchen. Unbedenklich würden wir neben Landesverrath, Hochverrath und Aufruhr auch noch als politische Vergehen nennen: Wahlbetrug, Störung von Wahlversammlungen ꝛc., Befreiung politischer Gefangener, Widersetzlichkeit, diese nicht nur alsdann, wenn sie in aufgeregter Zeit geschieht, und dannzumal einen offenbar politischen Charakter hat, sondern auch allemal, wenn der Angeklagte dem Beamten oder Bediensteten die amtliche Befugniß zu dem,

Digitized by Google

was dieser gethan hat, bestreitet, und aus diesem Grunde die Rechtswidrigkeit der Widersetzung läugnet.*)

Wir können indessen diesen Standpunkt bei der nachfolgenden Klassifikation nicht festhalten, da, wie gesagt, jede nähere Bestimmung im Entwurfe fehlt, sondern wir müssen uns an die gedrohten Strafen allein halten. Hiernach erhalten wir folgenden Katalog der den Assisen zugewiesenen Delikte:

1) Landesverrath. 2) Hochverrath. 3) Aufruhr. 4) Widersetzlichkeit, wenn dabei eine Tödtung stattgefunden.

5) Unterschlagung (öffentliche) durch Beamte, über Fr. 300. 6) Münzfälschung. 7) Fälschung von Staats- und Werthpapieren. 8) Fälschung durch Beamte in Amtssachen. 9) Fälschung öffentlicher Urkunden, wenn der Schade Fr. 300 übersteigt. 10) Fälschung von Privaturkunden bei einem Schaden über Fr. 300. 11) Meineid.

12) Mord (Vergiftung von Brunnen ꝛc., in der Absicht, Jemand des Lebens zu berauben oder an der Gesundheit zu beschädigen, wenn infolge dessen Jemand das Leben verliert). 13) Todtschlag. 14) Kindsmord. 15) Abtreibung durch die Mutter, wenn dieß die Geburt eines todten oder lebensunfähigen Kindes zur Folge hat; und Abtreibung durch einen Dritten ohne Wissen der Mutter, wenn diese in Folge dessen gestorben ist oder einen bleibenden Schaden genommen hat. 16) Aussetzung. 17) Vorsätzliche Mißhandlung, die den Tod oder eine immerwährende Arbeitsunfähigkeit, eine unheilbare Krankheit ꝛc. zur Folge hat.

18) Unterdrückung des Familienstandes. 19) Menschenraub. 20) Unfreiwillige Entführung zur Unzucht oder zur Zwangsehe. 21) Widerrechtliche Gefangenhaltung bei wenigstens 10 Tagen.

---

*) Wir haben vor einigen Jahren einen eigenen Fall von Widersetzlichkeit mitangesehen: Ein etwas angetrunkener Mann wurde wegen Lärm und Schimpfereien in einer Pinte auf dem Bollwerk von zwei Landjägern abgefaßt. Sie faßten ihn beide beim Hals, und führten ihn so am hellen Tage nach der Polizei. Bald erklärte der Arretirte, er lasse sich nicht so führen, er wolle freiwillig folgen. Das half nichts. Als er hierauf versuchte, sich von seinen Führern loszumachen, nur um frei mit ihnen zu gehen, wurde er auf eine solche Weise traktirt, daß das Publikum sich skandalisirte. Was aus dem Attentäter geworden, wissen wir nicht, wohl aber dachten wir damals schon, Geschworne würden diese Brutalität wohl nicht gutheißen, leicht könnten dort vielmehr die Rollen der Kläger und des Beklagten umgekehrt werden.

Digitized by Google

22) Nothzucht und Beischlaf mit einer absichtlich hiezu betäubten Person, und mit einem Kinde unter zwölf Jahren. 23) Schändung von Lehrern, Eltern ꝛc. an ihren Kindern begangen. 24) Doppelehe. 25) Falsche Anzeige von Verbrechen.

26) Vorsätzliche Brandstiftung. 27) Vorsätzliche Explosion. 28) Vorsätzliche Ueberschwemmung. 29) Vorsätzliche Vergiftung von Weiden, Brunnen ꝛc., um Thiere Anderer zu tödten oder zu beschädigen, wenn der Schade Fr. 300 übersteigt, oder abgesehen vom Schaden, wenn Jemand in Folge dessen das Leben eingebüßt oder an seiner Gesundheit einen unheilbaren oder bleibenden Nachtheil genommen hat oder für immer arbeitsunfähig geworden ist, vorausgesetzt, daß ein solcher Erfolg vom Thäter vorausgesehen werden konnte. 30) Vorsätzliche Verbreitung einer Viehseuche.

31) Vorsätzliche Eigenthumsbeschädigung von mehr als Fr. 300. 32) Raub und Erpressung. 33) Ausgezeichneter Diebstahl (Einsteigen, jedoch nur zur Nachtzeit und zugleich in bewohnte Gebäude, Einbruch, Dietriche, mit Waffen, dritter Rückfall, gottesdienstliche Gebäude). 34) Einfacher Diebstahl über Fr. 300. 35) Unterschlagung von Dienstboten, Agenten, Notaren, ꝛc, über Fr. 300.

36) Betrügerischer Gantstag über Fr. 300. 37) Beiseiteschaffung von Pfändern über Fr. 300. 38) Betrug über Fr. 300.

Von diesen Verbrechen kommen aber viele, wie die Nummern 1, 2, 3, 4, 8, 18, 19, 20, 21, 24, 27, 28, 29, 30, fast gar nie, und andere, wie 11, 15, 25 ꝛc., nur sehr selten vor.

II. Alle übrigen im Entwurf bezeichneten Vergehen sind korrektionelle Fälle, d. h. vom Amtsgericht zu beurtheilen, wenn sie im Maximum mit Korrektionshaus bis zu sechs Jahren oder mit Gefängniß von mehr als 60 Tagen bis zwei Jahren bedroht sind, und vom Gerichtspräsidenten, wenn sie mit Gefängniß bis zu 60 Tagen oder mit Geldbuße bedroht sind.

Bisher waren von diesen nach dem Entwurf den korrektionellen Gerichten überwiesenen Fällen eine große Anzahl der Beurtheilung durch die Assisen überlassen, so alle Unterschlagungen über Fr. 100 a. W., sämmtliche Schriftfälschungen, mit Ausnahme etwa derjenigen von Legitimationspapieren, gefährliche



Digitized by Google

(ausgezeichnete) Diebstähle ohne Rücksicht auf den Werth, alle gemeinen Diebstähle über Fr. 100 a. W., Körperverletzungen mit einigermaßen schweren Folgen (Armbruch, Beinbruch, oder mehr als vierzigtägige Arbeitsunfähigkeit), die Raufhändel bei gleichen Folgen, Schändung, Blutschande in den meisten Fällen, Unzucht mit Kindern unter 14 Jahren, Niederkunftsverheimlichung, ausgenommen leichtere Fälle, die korrektionalisirt wurden, widernatürliche Unzucht, gewaltsame Angriffe gegen die Schamhaftigkeit, Entführungen, Eisenbahngefährdungen, Raub in allen Fällen, Marchveränderungen, Mord- und Branddrohungen meist, betrügerischer Bankerott, Betrug begangen mit falschen Urkunden, fahrlässige Tödtung, hie und da fahrlässiger Falscheid, auch hie und da fahrlässige Brandstiftung, Widerstand gegen Beamte bei konkurrirender Beschädigung oder Verwundung, Befreiung von Gefangenen mit Gewaltanwendung u. s. w. — Die Ueberweisung dieser Fälle an die Assisen hatte keineswegs die Folge, daß in allen Fällen Zuchthaus und Ehrenverlust ausgesprochen werden mußte. Vielmehr lautete sehr oft das bloß korrektionell ausgesprochene Urtheil auf Einsperrung oder Gefängniß ohne Ehrenfolgen. Waren nun etwa die Assisen mit Arbeit überhäuft? Wurden die Geschwornen in solchem Maße in Anspruch genommen, daß man irgend welche Klagen über Belästigung vernommen hätte? Hat man je über Zuweisung unbedeutender Fälle an die Assisen klagen gehört, als hie und da einmal aus bloßer Tadelsucht, oder wenn man an die Liberalität nicht dachte, die in der Zuweisung an die Geschwornen lag, oder nicht an die Eigenthümlichkeit der Fälle, wo die überweisende Behörde zum Voraus nicht wissen konnte, wie sich die Sache in der Hauptverhandlung noch gestalten werde? — Weßhalb denn jetzt diese Beeinträchtigung des Geschworneninstituts? Warum diese Beschränkung der Antheilnahme des Volks an der Strafjustiz, diese Zurückdrängung des gesunden Menschenverstandes, der Billigkeit, der frischen, ungekünstelten Ansichten über Schuld und Strafe? Glaubt man die Geschwornen weniger tüchtig, hält man ihre Justiz für weniger gut, ja nicht für die beste, so wage man, dieß offen zu sagen; dann schaffe man sie sofort ab, und

Digitized by Google

begehe nicht den Unsinn, gerade die schwersten Delikte, wo die Ehre, die Freiheit und Leben der Bürger am meisten bedroht sind, durch sie beurtheilen zu lassen. — Ist das Institut aber gut, so dehne man eher die Wirksamkeit desselben aus, man verweise vor die Assisen alle bedeutendern Delikte, und errichte ferner auch für die (eigentlich) korrektionellen Geschäfte Amtsgeschworne — eine geringere Zahl, mit beschränkterer Rekusation, alle Monate für einen oder zwei Tage am Hauptorte des Amtes unter dem Vorsitz des Gerichtspräsidenten zu versammeln ꝛc. — wie dieß in Genf seit Langem besteht, und in Deutschland bereits in mehrern Staaten (Hannover, Hessen, Baden und andern) in jüngster Zeit eingeführt worden ist.

Ungeachtet in Deutschland, bald nach der Reaktion, das Streben der Regierungen ebenfalls dahin ging, die Kompetenz der Jury (namentlich in Betreff politischer Verbrechen) zu beschränken, so läßt sich in Betreff der gemeinen Delikte, ausgenommen etwa im Kapitel des Diebstahls, dennoch nachweisen, daß die bei uns nun proponirte Beschränkung größer sei. Braunschweig, freilich am liberalsten, weist dem Schwurgerichte alle Delikte zu, die im höchsten Maße mit mehr als dreijährigem Gefängniß oder einjähriger Zwangsarbeit bedroht sind, und unter den politischen Vergehen auch Widersetzlichkeit und Thätlichkeit gegen obere Beamte. Andere Gesetzgebungen gehen ebenfalls noch in die Klasse der bloß mit Arbeitshaus bestraften Delikte herunter, und verweisen die mit mehr als drei oder vier Jahren bedrohten Vergehen an die Assisen.*)

Vergleichen wir ferner die schweizerischen Gesetzgebungen einiger Kantone, in welchen Schwurgerichte bestehen.

1. Zürich, das unsere französische Dreitheilung nicht hat, sondern nur Verbrechen und Polizeiübertretungen kennt, enumerirt in besondern Paragraphen die Delikte, welche von dem Schwurgerichte, und welche von dem Bezirksgerichte, und welche von dem Kreisgerichte zu beurtheilen sind. Unter den ersten finden sich ebenfalls solche, welche mit geringerer als Zuchthausstrafe, und unter den zweiten solche, welche alternativ mit höherer als Gefängniß-

*) Vergl. Brauer, deutsche Schwurgerichtsgesetze, 1856.

Digitized by Google

strafe belegt sind; dabei aber ist die Strafkompetenz der Bezirksgerichte dahin begrenzt, daß sie weder Ketten- noch Zuchthausstrafe aussprechen dürfen; finden sie, daß ein ihnen nach dieser Klassifikation zugewiesenes Delikt die alternativ höhere (Zuchthaus-) Strafe verdiene, so haben sie die Beurtheilung von der Hand, resp. an das Schwurgericht zu weisen.

Dem Schwurgerichte sind nun nebst Mord, Todtschlag, Brandstiftung, Meineid, Münzfälschung, Hochverrath, Nothzucht u. s. w. zugewiesen: alle Fälschungen öffentlicher Urkunden, sofern es nicht bloße Legitimationspapiere oder ähnliche Schriften von geringerer Bedeutung sind, Schändung, Blutschande, widernatürliche Unzucht, fahrläßige Tödtung, Abtreibung, Aussetzung, bereits in allen Fällen, gerichtliche Verläumdung (falsche Anzeige), Raub und Erpressung in allen Fällen, Diebstähle über Fr. 150 an gottesdienstlichen Sachen, Grabstätten, am Gepäck von Reisenden oder an Post- und Botenwaaren auf öffentlichen Straßen, Seen oder Flüssen, vermittelst Zerbrechung öffentlicher Siegel, bei Feuersgefahr oder andern dergl. Unglücksfällen, auf Märkten, an freistehenden gefriedeten Sachen, durch Hausgenossen, Wirthe, Dienstboten, mit Einsteigen oder Eindringen in ein Gebäude, mittelst Erbrechens, in einem Gebäude (nicht einmal Wohngebäude) zur Nachtzeit, bei Tragung von Waffen, alle Unterschlagungen durch öffentliche Boten, Bevollmächtigte, Verwalter, Depositare, Privatrechnungsführer, Hausgesinde über Fr. 150, einfache Diebstähle und Unterschlagungen über Fr. 300, alle gemeingefährlichen Beschädigungen, z. B. an Eisenbahnen, Dampfmaschinen, ꝛc., ohne Rücksicht auf ihren Betrag, nebst dem einfachen Betrug über Fr. 150, durch wissentlichen Gebrauch falscher Stempel, Gewichte, Waarenzeichen oder Privaturkunden, durch wissentlichen Verkehr mit Nahrungsmitteln, die mit gesundheitsschädlichen Stoffen verfälscht sind, von Dienstboten gegen den Dienstherrn oder die Seinigen, an Minderjährigen, von zu besonderer Treue verpflichteten Personen, von Professionsspielern beim Spielen, durch Veränderung oder Versetzung von Marken, durch Geisterbeschwören, Schatzgraben ꝛc., betrüglichen Bankerott in den gleichen Fällen über Fr. 150, Bestechung, Amtserschleichung, vorsätzliche Verletzung der Amtspflicht von Beamten, und endlich alle diejenigen nach gesetzlicher Regel dem Bezirksgerichte zugewiesenen, von diesem aber, weil im konkreten Falle eine höhere alternativ gedrohte Strafe als Gefängniß nach seinem Befinden ausgesprochen werden soll, von der Hand gewiesenen Delikte. — Die Kreisgerichte endlich haben nur nicht besonders qualifizirte Verläumdungen und Injurien, einfache Diebstähle, Unterschlagungen und Betrüge, böswillige Schädigungen bis auf Fr. 20, und alle ihre Kompetenz nicht übersteigenden Polizeiübertretungen

Digitized by Google

zu beurtheilen. Diese Kompetenz geht aber nur bis auf achttägiges Gefängniß und Fr. 50 Buße.

2. Thurgau weist auch die Tödtung eines Einwilligenden, Tödtung in Raufhändeln in Bezug auf sämmtliche Theilnehmer an der Rauferei, wenn auch die Einen als Urheber bloß nicht tödtlicher Verletzungen schuldig sind, jede Abtreibung, auch diejenige ohne zu frühe Entbindung und ohne Nachtheil des Kindes oder der Mutter, jede Aussetzung, jeden Kinderdiebstahl, jede Entführung von Frauenspersonen unter 15 Jahren, Unzucht mit Kindern unter 14 Jahren, Blutschande, jede falsche Beschuldigung, wenn sie ein Strafverfahren gegen den Denunzirten zur Folge hatte, jedes widerrechtliche Gefangenhalten, Raub und Erpressung in allen Fällen, alle Diebstähle, Unterschlagungen und Betrüge über Fr. 200, betrügliche Verleitung zur Ehe, vorsätzliche Eigenthumsbeschädigung über Fr. 200 und, bei gemeiner Gefahr, oder an Sachen, die der öffentlichen Sicherheit anvertraut sind, ohne Rücksicht auf den Betrag, Bestechung, Amtserschleichung, Verletzung der Amtspflicht durch kantonale und Bezirksbeamte — an das Schwurgericht.

3. Solothurn weist vor das Schwurgericht Mord, Todtschlag, unabsichtliche Tödtung infolge Mißhandlung, Niederkunftsverheimlichung bei todtgebornem Kinde, jede Abtreibung, Aussetzung, wenn Tod oder bedeutende Gesundheitsbeschädigung die Folge ist, Körperverletzung bei Verlust eines Sinnesorgans, einer Krankheit von mehr als 40 Tagen, bei Verstümmelung und Verunstaltung, jede Entführung, Personenraub, Unterdrückung des Familienstandes, Nothzucht, Schändung, Blutschande, ausgezeichneter Diebstahl ohne Rücksicht auf den Werth (Waffen, Einsteigen, Einbruch, auf öffentlichen Wegen ꝛc., an Frachtgut, an Sachen, die der öffentlichen Sicherheit anvertraut sind), einfacher Diebstahl über Fr. 100, Raub, Erpressung, Unterschlagung über Fr. 200, Betrug über Fr. 500, Verrückung von Gränzen, Marksteinen, Vernichtung und Vorenthaltung von Urkunden, jede Urkundenfälschung mit Ausnahme der Legitimationsschriften, wissentlicher Gebrauch falscher Urkunden, betrügerischer Geltstag über Fr. 500 und, ohne Rücksicht hierauf, wenn Geschäftsbücher verheimlicht oder vernichtet worden, jeder Meineid und falsches Zeugniß ohne Widerruf vor dem Endurtheil, Falschmünzerei, wissentliches Annehmen und Ausgeben falschen Geldes, Bigamie, Brandstiftung, Vergiftung von Brunnen oder von Lebensmitteln, Zerstörung von Schleußen, Dämmen ꝛc.

Die Kriminalstrafen sind Zuchthaus und Einsperrung, beide mit bloß temporärem Ehrenverlust, letztere aber dadurch vom erstern verschieden, daß der Sträfling nicht außerhalb der Anstalt ohne

Digitized by Google

Einwilligung zur Arbeit gehalten ist und keine ausgezeichnete Kleidung trägt. — Die Kompetenz des Zuchtpolizeigerichts besteht nur in Gefängniß von 1 Tag bis 1 Jahr, mit temporärem Ehrenverlust nur bei Diebstahl, Fälschung, Unterschlagung und Betrug.

4. Nach aargauischem Gesetz ist das Gebiet der Assisen noch bedeutend ausgedehnter. Es gehört dahin auch jede Körperverletzung mit einem Werkzeuge und auf eine Art begangen, womit gewöhnlich Lebensgefahr verbunden ist, oder wenn sie auf tückische Weise verübt worden, der geregelte Zweikampf bei tödtlichem Ausgang oder schwerer Verletzung, gewaltthätige Nöthigung, Diebstahl über Fr. 50, an gottesdienstlichen Orten, bei Gelegenheit eines Brandes ꝛc., in Gesellschaft von Genossen, zur Nachtzeit, an verschlossenem Gut, an Feuerlöschgeräthschaften, an Bienenstöcken, Vieh auf der Weide, Feldfrüchten, Ackergeräthschaften auf dem Felde, Post- und Botengut ꝛc., ab einer Bleiche, vom Gast, vom Wirth, vom Lehrling, vom Hausgenossen, Unterschlagung über Fr. 100, Fundunterschlagung über Fr. 150, Betrug über Fr. 100, und über Fr. 50 bei Schatzgraben, Geisterbeschwören, Goldmachen, beir Begehung mit wissentlich als unächt eingenommenem Gelde, oder mit falschen Urkunden, jede Gränzverrückung in gewinnsüchtiger Absicht, jeder wissentliche Gebrauch falschen Maßes und Gewichts, böswillige Eigenthumsbeschädigung, selbst ohne Gemeingefährlichkeit, nach den Abstufungen des Diebstahls.

5. Genf hat wesentlich den französischen Code pénal mit wenigen Aenderungen. Auch die korrektionellen délits werden von einer Jury, nur einer kleinern (6 Geschworne) beurtheilt. Hier zieht nur die Verurtheilung wegen Diebstahl oder anderer gleichartiger Vergehen zu Gefängniß von mehr als 15 Tagen eine Untersagung der Wahlberechtigung nach sich.

Und nun die Abhülfe!

Sie ist schwer. Wer die sehr illiberale bedeutende Erhöhung der Strafkompetenz des Einzelrichters nach höchst summarischem Verfahren, seine Kompetenz nicht will, nicht nur Gefängniß bis auf 60 Tage, sondern auch Amtsentsetzung, Unfähigkeitserklärung zu Stellen und Ehrenverlust bis auf 5 Jahre auszusprechen; wer in der Justiz mehr will, als bloße Geschäftserledigung; wer nicht einverstanden ist, den Schwerpunkt der Strafrechtspflege wieder in die ständigen Gerichte zu legen; wer entweder keine Mittelstufe zwischen entehrender Freiheitsstrafe und nicht entehrender will, oder wenigstens als solche Mittelstufe nicht ein sogenanntes Kor-

Digitized by Google

rektionshaus, das der Sache nach nichts anderes ist als das Zuchthaus, nur anders gefärbt, ein Zuchthaus zweiten Grades; wer nicht will, daß in der Mittelanstalt Entehrte nnd Nichtentehrte sitzen; wer die allgemeine Volksvorstellung über diese Anstalt und die dahin führende Strafe nicht irre machen will; wer nicht will, daß entschieden nicht ehrrührige Delikte dennoch mit Ehrenverlust bestraft werden können, während dieß bei andern meist oder oft ehrrührigen nie möglich sein soll; wer nicht die Bosheit, den Eigennutz, die tückische Arglist, die schnöde Gewinnsucht in gleicher Kompagnie und Behandlung sehen will mit dem Delikt, das der beste Mensch begehen kann, ohne an seiner Moralität und Achtung bei seinen Mitbürgern einzubüßen; wer nicht gesonnen ist, den Anfang zur Untergrabung des Geschworneninstituts machen zu helfen: der lege den Entwurf einfach bei Seite. Denn dieß Alles zieht sich in der Weise durch das Ganze hindurch, ist so sehr in Allem verwebt, und kehrt so oft und in so verschiedener Gestalt wieder, daß nur etwas ganz Anderes, andere Grundlagen, andere Eintheilungen und andere Fundamentalprinzipien Abhülfe gewähren können. — Wir müssen hier im Fernern noch rügen, daß der Entwurf oft Abstufungen macht und Strafzumessungsgründe und einzelne Rücksichten angibt, wonach ein Delikt in concreto als schwer oder leicht angesehen werden soll, an andern Stellen aber dieß nicht thut, wo ebensoviel, vielleicht mehr Grund dazu wäre. Oft sind diese Momente überflüssig, selbstverständlich, oft zu generalisirend und deßhalb schädlich, während anderwärts nothwendige Gränzbestimmungen fehlen. Bald werden die alternativen Strafen so gedroht, daß man meinen sollte, die schwerste sei für die Bestimmung des Gerichtsstandes maßgebend, sollte auch der konkrete Fall nur als geringere Verschuldung sich darstellen, andere Male ist die alternative Anwendung der niederern Strafe für die leichtern Fälle durch äußerlich ganz getrennte Abstufungen fixirt, mit andern Worten, es sind die leichtern Fälle zu besondern Schuld- und Strafgraden gemacht, was zur Folge hat, daß es dereinst eine oft streitige Frage sein wird, ob schon die Anklagekammer beir Ueberweisung die konkrete Beschaffenheit erwägen und als maß-

Digitized by Google

gebend für den Gerichtsstand ansehen könne, oder ob die schwerste Strafdrohung Regel machen und die Konkretheit des Falles erst durch die Hauptverhandlung ermittelt und von der urtheilenden Behörde festgestellt werden solle.*) Es sind Vorschriften im Entwurf, deren Konsequenzen nicht in alles Detail überdacht worden sind, Prinzipien, von denen hie und da wieder eine Ausnahme hätte gemacht werden sollen. Anderes mehr, über das wir dermal nicht eintreten.

Will man aber nicht soweit gehen, so trete man doch wenigstens jener den Geschwornen feindseligen Tendenz entgegen, die schließlich dahin führen muß, dieses Institut in der öffentlichen Meinung als unnütz, als ein bloßes Spielwerk erscheinen zu lassen. Denn es ist doch wahrhaftig eine arge, handgreifliche Inkonsequenz, daß vier Amtsrichter gut genug sein sollen, nach einem weniger umständlichen und deßhalb weniger Garantieen bietenden Verfahren bis auf sechs Jahre Korrektionshaus mit temporärem Ehrenverlust zu erkennen, dagegen das Urtheil von zwölf Geschwornen erforderlich sei, um ein Jahr Zuchthaus auszusprechen, welche Strafe sich überdieß, wie oben gezeigt worden ist, nicht wesentlich vom Korrektionshaus unterscheidet.

Wir erlauben uns daher einige Vorschläge anzudeuten:

1. Die politischen Vergehen sollten aufgezählt werden. Dahin sollten gehören: Aufruhr in allen Fällen, Widersetzlichkeit gegen Beamte, Amtsanmaßung, Amtserschleichung, Befreiung von Ge-

*) Es führt dieß, je nach der Komposition der Anklagekammer, insbesondere bei einem öftern Wechsel der Mitglieder, zum Wirrwarr, zur öftern Aenderung der Praxis und zur steten Unsicherheit der Voruntersuchungsrichter und Staatsanwälte, und wenn überdies bei dieser Funktion die gleiche Tendenz gegen die Geschwornen dominirt, zur Vorwegnahme des Urtheils durch eine Behörde, die in diesem Stadium der Prozedur, bei der jetzigen Beschaffenheit derselben, ohne Kenntniß des Ergebnisses der mündlichen Hauptverhandlung, zum Urtheile weniger Anhalt und sicheres Material hat, also weniger geeignet ist; es führt, nur auf anderm Wege, zum Korrektionalisiren, und auch jetzt wieder in einer Weise, daß, mit Rücksicht auf die Einrichtung der Korrektionshausstrafe, das Resultat in der Strafe ein wesentlich gleiches, wenn nicht gar, bei der notorisch bekannten größern Strenge mehrerer Amtsgerichte, ein noch härteres sein wird.

Digitized by Google

fangenen, die wegen politischer Delikte in Haft sind, Wahlbetrug, Störung von Wahlversammlungen, Bestechung. Zudem wäre die allgemeine Vorschrift beizufügen, daß auch die übrigen Vergehen, wenn sie einen politischen Charakter an sich tragen (mit politischen Zwecken im Zusammenhang stehen, diese vorbereiten oder unterstützen sollen, aus politischen Gründen hervorgegangen sind ꝛc.) den Geschwornen zu überweisen seien.

2. In der Einführungsverordnung wäre der Geschäftskreis der Assisen dahin zu bestimmen, daß von ihnen alle Delikte zu beurtheilen seien, welche mit Tod, Zuchthaus, oder mit Korrektionshaus von mehr als zwei Jahren bedroht seien, ferner einzelne Delikte, abgesehen von der Größe der Strafdrohung, wie fahrläßige Tödtung, fahrläßiger Falscheid, Raufhändel, wobei Jemand längere Zeit arbeitsunfähig geworden ist, oder ein Glied gebrochen hat, Raub und Erpressung in allen Fällen, abgesehen von der Summe, ausgezeichneter Diebstahl in allen Fällen, alle Betrügereien über Fr. 150 etwa. Will man die allgemeine Gränzangabe des Maximums von mehr als zwei Jahr Korrektionshaus nicht, so müßten ferner noch als Delikte, die dem Schwurgericht, abgesehen von der gedrohten Strafe, zur Beurtheilung zu überweisen seien, aufgezählt werden: Schändung, Blutschande, widernatürliche Unzucht, Kuppelei mittelst trügerischer Vorgeben an unbescholtenen Personen, Unterschlagung, Diebstahl, Fälschung über Fr. 150 oder Fr. 200, Entführung, gewaltsamer Angriff gegen die Schamhaftigkeit, alle gemeingefährlichen Vergiftungen und Eigenthumsbeschädigungen, falsche Denunziation, falsches Zeugniß, Verletzung der Amtspflicht von kantonalen und Bezirksbeamten ꝛc.

3. Die (obligatorische) Sträflingskleidung wäre bei den zu Korrektionshaus Verurtheilten wegzulassen, ebenso die Arbeit außer dem Hause ohne ihre Einwilligung.

4. Das Kapitel des Ehrenverlusts ist durch den ganzen Entwurf hindurch wenigstens in der Weise zu revidiren, daß derselbe bei einigen Delikten ganz wegzulassen, bei andern hinzuzufügen, und bei einigen endlich, wo er jetzt unbegreiflicher Weise absolut gedroht ist, nur fakultativ zu erklären wäre. Eine

Digitized by Google

eingreifende und gerechtere Revision ist ohne völlige Aenderung des Entwurfs nicht möglich.

5. Das Geschäftsgebiet des Einzelnrichters ist auf diejenigen Fälle zu reduciren, die im Maximum mit 30 Tagen Gefängniß und Buße von etwa Fr. 200 bedroht sind, mit gänzlicher Weglassung der Befugniß, auf Ehrenverlust erkennen zu können.

6. Die im Art. 6 des Entwurfs enthaltene Vorschrift sollte präciser etwa dahin redigirt werden, daß überall da, wo ein Delikt, sei's durch Abstufungen, sei's sonst, mit verschiedenen Strafen alternativ bedroht ist, die angedrohte Maximalstrafe für die Bestimmung des Gerichtsstandes maßgebend sei, ausgenommen da, wo die Abstufungen nach Summen gemacht sind, und wo demnach nur die in der betreffenden Abstufung gedrohte schwerste Strafe entscheidend ist.

---

# Rechtsprechung in Civilsachen.

## I. Bern, alter Kantonstheil.

### Urtheile des Richteramts Bern, betreffend zivilrechtliche Verantwortlichkeit der Eisenbahnverwaltungen.

#### 1. Urtheil vom 26. Dezember 1864 in Sachen Oronbahn gegen Hausmann und Lambelet.

Im Herbste 1864 langten auf dem hiesigen Bahnhof 10 Fässer Petroleum an die Adresse der Herren Hausmann und Lambelet an. Der Manco, welcher sich auf dem Gesammtgewicht ergab, würde weder eine Reklamation veranlaßt, noch auch zu einer solchen berechtigt haben, da er die reglementarische Grenze nicht überschritt. Dagegen ergab sich bei den einzelnen Fäßchen ein verschiedener Manco, der bald die erlaubte Grenze nicht erreichte, bald aber dieselbe bei weitem überstieg. Die Bahn (Oronbahn) berief sich nun auf die reglementarische Bestimmung, wonach der Manco nach dem im Frachtbriefe angegebenen Gewichte zu berechnen sei, während die Herren H. u. L. sich auf einen Empfangschein der Aufgabestation beriefen, in welchem das Gewicht jedes einzelnen Fäßchens

Digitized by Google

genau angegeben war, und sich gegen die Beweiskraft des nicht von dem Versender, sondern von der Bahn selbst ausgestellten Frachtbriefes verwahrten. Der Richter entschied die Frage zu Gunsten der Herren H. u. L., unter Annahme folgender Motive:

in Betrachtung:

1) daß sich die Herren Gordy, Baisse u. Comp. bei Uebergabe der an die Herren Hausmann und Lambelet adressirten Waarensendung von dem in La Plaine stationirten Expediteur der Paris-Lyon-Méditerranée-Bahn zu Handen der Adressaten einen Schein, note de remise, ausstellen ließen, auf welchem für jedes der 10 übergebenen Fässer das Gewicht besonders ausgesetzt wurde;

2) daß daraus erhellt, daß die Versender, welche als die Vertreter der Adressaten zu betrachten sind, sich nicht mit der Gewichtsangabe der Gesammtsendung begnügen wollten;

3) daß unter diesen Umständen der Expediteur der Aufgabestation den von ihm einseitig abgefaßten Frachtbrief mit dem Empfangschein gleichlautend hätte ausstellen sollen;

4) daß infolge dessen die Bahnverwaltung der Aufgabestation dadurch, daß sie in Abweichung hievon und im Widerspruche mit der Willenserklärung der Versender im Frachtbriefe nur das Gesammtgewicht der 10 Fässer angab, sich nicht günstiger stellen konnte, als wenn sie den Frachtbrief im Einklange mit der note de remise ausgestellt hätte, daß sie vielmehr für den eingetretenen Manco gleich haftet, wie wenn sie im Frachtbriefe für jedes einzelne Faß das Gewicht ausgesetzt hätte;

5) daß somit der Manco für jedes Faß besonders und nicht für alle Fässer zusammen zu berechnen ist;

6) daß nach einem in den neuen Entwürfen von Handelsgesetzgebungen anerkannten Rechtsgrundsatze*) der Empfänger einer Waare die ihm gegenüber dem ersten Frachtführer zustehenden Rechte unter Vorbehalt des Regresses auch gegenüber demjenigen Frachtführer geltend machen kann, welcher ihm die Waare abliefert;

7) daß demnach die abliefernde Oronbahn sich gegenüber den HH. Hausmann und Lambelet nicht darauf berufen kann, der Frachtbrief, in dessen Begleitung ihr die Waare zugestellt worden sei, enthalte nur eine Angabe des Gesammtgewichtes der 10 Fässer;

8) daß sie vielmehr zugeben muß, daß auch ihr gegenüber der Manco bei jedem Faß besonders berechnet wird;

9) daß nach bestehender Handelsübung beim Transport von Oel und dergleichen Waaren der Frachtführer für einen Manco,

*) Vergl. Entwurf eines schweizerischen Handelsrechtes Art. 305; deutsches Handelsgesetzbuch Art. 401 und 405; allgem. deutsches Gütertransportreglement § 15 (bei Koch, Eisenbahnrecht S. 92).

Digitized by Google

der eine gewisse Anzahl von Prozenten des Gewichtes nicht übersteigt, nicht einzustehen braucht *);

10) daß sich die HH. Hausmann und Lambelet im Fragefall mit Rücksicht auf die Natur der Waare und die bestehende Handelsübung über die Bestimmung des ihnen auffallenden Manco's auf 2 % nicht beklagen können;

11) daß dagegen die Oronbahn hinsichtlich eines jeden der 10 Fässer für den Manco einzustehen hat, der diese 2 % übersteigt;

12) daß sich der so berechnete Manco auf 19 Pfd. beläuft, welchem, das Pfund zu 50 Cts. angeschlagen, ein Werth von Fr. 9. 50 beizumessen ist. 4.

## 2. Urtheil vom 15. Febr. 1864 in Sachen Ganguillet u. Comp. gegen Centralbahn.

Im August 1863 erhielten die Herren Ganguillet und Comp. ein Quantum Lampenöl von Paris mit bedeutendem Manco. In Basel war bereits ein solcher konstatirt worden von 190 Pfd., von Basel bis Bern trat ein fernerer Manco ein von 95 Pfd., und auf dem Transport vom Bahnhof in das Magazin der Herren Ganguillet und Comp. gingen noch weitere 25 Pfd. verloren. Für diesen Manco belangten die Herren Ganguillet und Comp. die Centralbahn, wogegen diese einwendete, sie könne für den auf der Strecke Paris-Basel eingetretenen Manco nicht in höherem Maße haftbar gemacht werden als die französische Ostbahn selber hafte; für die Strecke Basel-Bern hafte sie nur, wenn der Manco 2 % übersteige, und für den Transport in das Magazin hafte sie gar nicht, weil die Waare „Bahnhof Bern" adressirt, von Ganguillet und Comp. daselbst übernommen und auch auf eigene Rechnung abgeführt worden sei. Die französische Ostbahn hafte für den Transport von Oelen zur Sommerszeit und bei gewöhnlicher Fracht für die Entfernung von Paris-Basel nur für einen Manco, der 6 % übersteige, was hier nicht der Fall sei, und der Manco, welcher auf ihrer eigenen Bahn entstanden sei, betrage keine 2 %.

Der Richter wies die Herren Ganguillet und Comp. ab unter Annahme folgender Motive:

in Betrachtung:

daß der vom Transport des Oels vom Bahnhof Bern nach dem Magazin der Herren Ganguillet herrührende Manco von 25 Pfd. nicht von der Bahnverwaltung zu tragen ist, weil die Waare

*) Art. 292 schweiz. Handelsrecht.

Digitized by Google

„Bahnhof Bern“ adressirt war und Herr Ganguillet selbst den Transport nach der Stadt befohlen hat;

daß erwiesenermaßen sich bereits in Basel, als die Waare der Centralbahn von der französischen Ostbahn abgeliefert wurde, ein Manco von 190 Pfd. vorgefunden hat;

daß die französische Ostbahn beim Transport von Oelen zur Sommerszeit für die Entfernung Paris-Basel bis zu einem Manco von 6 % nicht haftet*);

daß der Manco von 190 Pfd. die 6 % noch nicht erreicht hat;

daß von Basel nach Bern nur ein Manco von 95 Pfund eintrat;

daß die Centralbahn für einen Manco, der 2 % des Gewichts nicht übersteigt, nicht haftbar erklärt werden kann, und daß die 95 Pfund, welche auf ihrer Strecke verloren gingen, die 2 % noch nicht erreichen;

daß die Centralbahn für den auf der französischen Bahn eingetretenen Manco nicht in höherem Maße belangt werden kann, als diese selbst haftet. 4.

---

## II. JURA BERNOIS.

---

### Fixation de l'époque de l'ouverture d'une faillite. — Créance non-payée. — Continuation de gestion. — Insolvabilité antérieure.

*Dietschi-Fæsch* contre *masse Guillemin.* — Arrêt du 18 novembre 1864.

---

*Une dette commerciale échue et non payée peut constater l'insolvabilité d'un débiteur et servir à fixer l'époque de l'ouverture de la faillite.*

Il semble assez rigoureux que l'on puisse faire remonter une faillite au-delà de l'époque où elle a été déclarée ou tout au plus quelque temps auparavant. Cependant le code de commerce ne veut pas que des créanciers puissent s'entourer de garanties les uns au détriment des autres, lors-

*) Die Frage, ob das Transportreglement der französischen Ostbahn in Frankreich gesetzlich verbindliche Kraft habe, wurde von Seite des Klägers nicht aufgeworfen und war daher vom Richter nicht weiter zu prüfen.

Digitized by Google

qu'ils ont volontairement laissé leur débiteur continuer ostensiblement un commerce que depuis longtemps il ne soutenait plus qu'en faisant de nouvelles dettes pour payer les anciennes. La loi veut que le sort des créanciers soit autant que possible le même. Cette règle, fondée sur le principe que nul ne doit s'enrichir au détriment d'autrui et que tous les biens d'un débiteur sont le gage commun de ses créanciers, a été consacrée par la Cour dans l'espèce suivante:

Un nommé Ch[e] Guillemin, autrefois marchand de vins à M..., fut déclaré en faillite en décembre 1863 par le tribunal consulaire des Franches-Montagnes, qui, par un second jugement du 9 février 1864, fit remonter cette faillite au 12 juillet 1859, date d'un jugement pris contre le failli pour une dette commerciale de quelques mille francs au profit de la maison Dietschi-Fæsch de Bâle. Il fut constaté qu'outre ce jugement il existait déjà avant le 12 juillet 1859 des protêts dressés à l'occasion de dettes commerciales échues, pour sommes assez fortes qui, lors de la faillite, étaient encore impayées. — La maison Dietschi-Fæsch avait pris inscription hypothécaire sur la généralité des biens de son débiteur; elle avait même reçu d'assez forts à-compte sur sa créance, laquelle toutefois n'était éteinte que d'environ la moitié. Ces créanciers formèrent opposition au jugement qui fixait ainsi à la date du jugement par eux obtenu l'époque de l'ouverture de la faillite Guillemin et firent valoir notamment à l'appui de leur opposition, que ce dernier étant resté ostensiblement à la tête de ses affaires n'avait cessé ses payements qu'à une date bien postérieure à leur inscription hypothécaire. Ils espéraient ainsi obtenir un rang privilégié dans la liquidation sur les autres créanciers chirographaires et même sur les hypothécaires postérieurs à leur rang.

Le tribunal de première instance débouta les opposants de leurs conclusions, et la Cour, par son arrêt du 18 novembre 1864, confirma le jugement par les motifs suivants:

Considérant:

Digitized by Google

1. Que l'époque à laquelle doit remonter l'ouverture d'une faillite est fixée entre autres par la date de tous actes constatant le refus d'acquitter ou de payer des engagements commerciaux (art. 441. C. com.) et que les tribunaux sont seuls appréciateurs des circonstances du fait, et doivent en cette occurrence sauvegarder la position et les intérêts des créanciers les uns vis-à-vis des autres;

2. Qu'il résulte des pièces produites au procès, que non-seulement lors du jugement du 12 juillet 1859, mais déjà auparavant, le failli Guillemin n'avait pu faire honneur à certains engagements commerciaux et satisfaire ses créanciers, ce qui ressort notamment de trois billets à ordre souscrits par Guillemin le 23 juillet 1857, protestés faute de fonds, et pour lesquels il a été pris jugement commercial en 1861, et de trois autres billets de même nature, protestés en 1858 et encore impayés aujourd'hui;

3. Que l'allégué — que le failli, jusqu'en 1862, est resté ostensiblement à la tête de ses affaires, qu'il a continué achats, ventes et payements, et que par conséquent on ne peut faire remonter sa cessation de payement à une date aussi reculée que celle du 12 juillet 1859 — n'est pas relevant, puisque :

*a)* il est constant que des dettes commerciales échues avant 1857 ne sont pas payées à l'heure qu'il est;

*b)* les à-compte versés postérieurement au jugement de Dietschi-Fæsch, bien que de certaine importance, ne constituent que des payements partiels;

*c)* ce nonobstant le failli a continué à contracter des engagements et des dettes de commerce;

*d)* de la déclaration de certains témoins il résulte qu'avant l'époque en question (de juillet 1859) ils avaient cessé toute relation commerciale avec Guillemin;

*e)* même l'un de ces témoins (M. B...) dit dans sa déclaration écrite que, ses opérations depuis 1859 ne tendaient qu'à couvrir le solde à lui dû.

Digitized by Google

4. Que de l'ensemble de tous ces faits et circonstances, il appert que déjà avant 1859 le failli était dans un état d'*insolvabilité* constatée, et que cet état a continué d'exister jusqu'au moment de la déclaration de la faillite;

5. Que des protêts et des jugements constituant des actes de refus de payement, c'est à juste raison que l'on peut, comme l'a fait le tribunal de première instance, reporter au jour du jugement de 12 juillet 1859, rendu pour dettes commerciales, l'époque de l'ouverture de la faillite de Ch. Guillemin, comme étant aussi celle où remonte son *insolvabilité commerciale;* 2.

P. C. M. — La Cour confirme.

## III. Obergericht von Aargau.

### Die Unterlassung der Anmeldung einer Pfandforderung in einem ausgekündigten Schuldenruf hat für den Gläubiger den Verlust der Kapitalforderung nicht zur Folge.

(Urtheile vom 8. Februar 1864 und 17. Januar 1865).

Eine grundpfändlich versicherte Forderung wurde in dem über den Schuldner erfolgten Schuldenruf vom Gläubiger aus Unkenntniß nicht eingegeben und auch von der Fertigungsbehörde nicht von Amteswegen in den Schuldenbeschrieb aufgenommen. Der Gläubiger hatte ebenso verabsäumt, rechtzeitig von dem Rechte der Wiederherstellung (§. 362 der P. O.) Gebrauch zu machen. Als daher der Gläubiger resp. seine Erben mit der Forderungsklage auftraten, wurde die Forderung vom Schuldner als eine präcludirte bestritten und die gänzliche Abweisung des Klagtheils verlangt.

Das Obergericht ging bei Beurtheilung des Falles von folgenden Erwägungen aus: Aus dem Begriffe des Pfandrechts als eines dinglichen Rechtes fließe die Befugniß des Pfandgläubigers, sein Pfandrecht gegen jeden Inhaber des Pfandes

Digitized by Google

so lange wirksam zu verfolgen, bis die Pfandschuld getilgt sei. Der § 605 des A. B. G. setze fest, in welcher Weise ein Pfandrecht erlöschen könne. Dieß geschehe nämlich nur entweder durch Bezahlung der Forderung oder durch Uebergang des Pfandes in das Eigenthum des Gläubigers oder durch Verzicht. Als eine reine Konsequenz des allgemeinen Grundsatzes, daß Pfandrechte nur auf die eben angegebene Art erlöschen können, erscheine dann die in § 506 eod. vorgeschriebene Verhaltungsmaßregel, welche dahin geht, „daß Pfandforderungen bei amtlichen Güterverzeichnissen, Schuldenrufen und Geltstagen auch ohne Zuthun des Gläubigers von der betreffenden Behörde dem Hauptgute nach nebst laufendem Zins zu verzeichnen und aufzunehmen seien." Darin liege deutlich genug ausgesprochen, daß das Pfandrecht des Gläubigers auch ohne sein Zuthun gewahrt werden müsse. Wenn aber die Wahrung dieses Pfandrechtes der klar ausgesprochene Zweck des Gesetzes sei, so könne eine Unterlassung von Seiten der zum Handeln verpflichteten Behörde dem Rechte des Pfandgläubigers keinen Eintrag thun. Die im § 303 der P. O. auf die Nichtanmeldung von Forderungen allgemein angedrohte Folge des Verlusts finde also auf grundpfändlich versicherte Forderungen keine Anwendung; diese allgemeine Gesetzesbestimmung müsse vielmehr der speziell beschränkenden über das Grundpfand nachstehen. Eine andere Auslegung würde dahin führen, daß die Bestimmung, wonach sich der Gläubiger darauf verlassen darf, daß sein Recht auch ohne sein Zuthun gewahrt werden muß, ihm zur Täuschung gereichte. Es folge daraus auch, daß die in § 303 der P. O. bestimmte Restitutionsfrist auf den Fall, wo in Folge Schuldenrufs die Behörde von Amteswegen und auch ohne Zuthun des Gläubigers dessen Forderung aufzunehmen schuldig ist, keinen Bezug hat, während dagegen allerdings in § 123 litt. a. der G. O. bei Geltstagen eine Restitutionsfrist auch für den Fall bestimmt sei, „wenn eine auf Grundpfand versicherte Schuld des Geltstagers .... nicht verzeichnet und aufgenommen wurde," letzteres aus dem natürlichen Grund, weil der Geltstag eine definitive und endliche Liquidation der Vermögens- und Schuldenmasse zum



Digitized by Google

Zwecke hat, welcher Gesichtspunkt beim Schuldenruf nicht in den Vordergrund tritt. 15.

---

## Entgegnung.

Die Zeitschrift des Bernischen Juristenvereins enthält in Band I, Seite 315 den Antrag des Herrn Generalprokurator Hermann an die Anklagekammer in der Untersuchungssache gegen Emanuel Braunschweig wegen Anklage auf Meineid. Dieser Antrag, welcher die Aufhebung der wegen obiger Anklage eingeleiteten Untersuchung befürwortete, stützt sich neben andern Gründen auch darauf, „daß die Form der Abhörung in Basel „sowohl, als insbesondere das dem Braunschweig abgenommene „Handgelübde in mehr als einer Beziehung unförmlich sei, weß„halb denn auch diesen Akten nicht die Autorität und das Ge„wicht beigelegt werden könne, wie wenn sie vor kompetenter „Behörde und in der gesetzlichen Form vor sich gegangen „wären."

Als Verletzung der gesetzlichen Form wird vom Herrn Generalprokurator bezeichnet:

1) Die Einvernahme des Braunschweig durch den Staatsanwalt allein, ohne Mitwirkung eines andern Beamten, während doch § 3 der baslerischen Prozeßordnung vorschreibe: „Die „Amtsverrichtungen des Staatsanwalts sind: . . . . Die Re„quisitionen auswärtiger Behörden in Strafsachen nach Maßgabe „bestehender Verträge und Uebung unter Mitwirkung der Unter„suchungsrichter und der Polizeidirektion zu erledigen." Glaubt der Herr Generalprokurator im Ernst, daß bei jeder Requisition außer dem Staatsanwalt und neben ihm noch Untersuchungsrichter und Polizeidirektion mitzuwirken haben? daß zwar zur Einvernahme von Zeugen und Angeschuldigten in einer baslerischen Voruntersuchung ein Untersuchungsrichter genügt, zur Einvernahme aber eines Zeugen zu Handen einer fremden Behörde Staatsanwalt, Untersuchungsrichter und Polizeidirektion neben einander thätig sein müssen? Nein, die unbefangene Prüfung

Digitized by Google

der betreffenden Bestimmung ergibt, daß der Staatsanwalt nicht verpflichtet, sondern nur berechtigt ist, die Mitwirkung der Untersuchungsrichter oder der Polizeidirektion soweit in Anspruch zu nehmen, als er es im einzelnen Fall nach den Umständen für dienlich erachtet. In Basel gibt Niemand dem erwähnten Paragraph eine andere Auslegung *).

2) Die Nichtbeiziehung eines Sekretärs. Zwar hat der Herr Generalprokurator diese Unterlassung nicht als eine eigentliche Formwidrigkeit bezeichnet, aber doch aus dem baslerischen Gesetz die wichtigste Stelle nicht zitirt. In demselben ist nämlich die Beiziehung eines Aktuars aus guten Gründen nicht nur „nicht absolut" vorgeschrieben, sondern § 56 sagt: „Ausnahmsweise kann der Untersuchungsrichter, wenn es zur „Förderung der Sache dient, einen Aktuar beiziehen," und daß in dieser Beziehung durch § 12 Staatsanwalt und Untersuchungsrichter gleichgestellt sind, erkennt der Herr Generalprokurator selbst an.

3) Die Abnahme eines Handgelübdes, obschon dasselbe nicht verlangt worden. In dieser Beziehung zitirt der Herr Generalprokurator genau die einschlägigen Paragraphen der baslerischen Strafprozeßordnung und bemerkt ebenso richtig, daß dieselben sich nur auf die in Basel geführten Untersuchungen beziehen. Für die Requisitionen auswärtiger Behörden ist der Staatsanwalt daher, wo nicht Bundesgesetze, Konkordate oder Staatsverträge bestimmte Vorschriften geben, einzig auf sein Ermessen angewiesen. Im besprochenen Falle erfolgte die Abnahme des Handgelübdes aus folgenden Gründen. Bekanntlich sind für die Zeugenpflicht von Kanton zu Kanton die durch das Bundesgesetz vom 24. Juli 1852 nicht aufgehobenen Art. 19 und 20 des Konkordates von 1818 maßgebend. Hienach kann die persönliche Stellung von Zeugen nur in außerordentlichen Fällen, behufs Konfrontation oder Anerkennung der Identität eines Verbrechers oder von Sachen ꝛc. verlangt werden. In den meisten

*) Daß man ihr indeß außerhalb Basel's eine solche gab, scheint uns, Angesichts des Wortlauts des Gesetzes, mindestens verzeihlich.
Redaktion.

Digitized by Google

Fällen unterbleibt daher die persönliche Stellung, und die richterlichen Behörden müssen sich mit dem von dem requirirten Richter aufgenommenen Protokoll über die Einvernahme der Zeugen begnügen. So wird es nicht nur gegenüber dem Ausland, sondern auch gegenüber der Schweiz gehalten, und in diesen Fällen gewährt es einige Garantie, wenn die betreffenden Aussagen eidlich oder handgelübdlich bestätigt sind. Von diesem Gesichtspunkt ausgehend, wurde auch dem Braunschweig das Handgelübde abgenommen. Da diese Abnahme nicht ausdrücklich verlangt war, so mag sie als etwas Ueberflüssiges erscheinen, aber eine größere oder kleinere Unförmlichkeit darin zu finden liegt kein Grund vor.

Wenn daher der Herr Generalprokurator „weit davon entfernt ist, dem Herrn Staatsanwalt in Basel dießorts einen „Vorwurf zu machen," so bedauert der Unterzeichnete, ein gleiches gegenüber dem Herrn Generalprokurator nicht sagen zu können. Nachdem zuerst die bernischen Behörden gegen einen als Zeugen vorgeladenen Angehörigen des Kantons Basel-Stadt eine Untersuchung wegen Meineid angehoben, ohne sich um die Bestimmungen des Bundesgesetzes vom 24. Juli 1852 zu kümmern, glaubt man nachher die Aufhebung der widerrechtlich eingeleiteten Untersuchung begründen zu sollen nicht durch Eingeständniß der eigenen Fehler, sondern durch die falsche Behauptung, „daß die Abhörung des Zeugen, welcher gegenüber „der Zeuge falsch ausgesagt haben soll, nicht in gesetzlicher Form, „noch vor der zuständigen Behörde erfolgt sei."

Ueber die Aufhebung der Untersuchung ohne Entschädigung und die Auferlegung sämmtlicher Kosten an den Angeschuldigten wäre auch noch ein Wort zu reden, aber hiefür darf ich diese Zeitschrift nicht in Anspruch nehmen.

Basel, 10. März 1865.

E. Thurneysen,
Staatsanwalt in Basel.

---

Druck von Rieder & Simmen in Bern.

Digitized by Google

# Zeitschrift

des

# Bernischen Juristen-Vereins.

**Band I.** **Nr. 11.**

1. Mai 1865.



**Inhalt:** Wechselrechtliche Fälle, S. 357. — Rechtsprechung in Civilsachen: Uebersicht für Bern, Januar und Februar 1865, S. 363; ausführlichere Mittheilungen, Bern, alter Kanton, S. 368, Jura, S. 373. — Aus der Praxis in Straffachen: Korrektionalisirung peinlicher Fälle durch die Anklagekammer, S. 377; Berichtigung betreffend den Fall Braunschweig, S. 385. — Litteratur, S. 386. — Notizen, S. 388.


## Fälle aus dem Wechselrecht.


Von Fürsprecher Ritter in Biel.


### III. Bedeutung des Domicilwechsels.

1. **Gegen den Schuldner eines domizilirten Wechsels können am Orte des Wechseldomizils wie am persönlichen Wohnorte nicht allein die amtliche Wechselaufforderung, sondern sämmtliche Vollziehungsvorkehren auf rechtsgültige Weise getroffen, insbesondere kann daselbst unter den gesetzlichen Bedingungen auch die Erkennung des Geltstages gegen ihn verlangt werden; wurde das Vollziehungsverfahren zuerst beim gewählten Domizil eingeleitet, so kann es beim wirklichen Wohnorte des Schuldners ohne Weiteres fortgesetzt werden.**

2. **Kann der Regreß Mangels Zahlung gegen die Indossanten und den Trassanten bei domicilirten Wechseln am Orte des bezeichneten Domicils (am Zahlungsort) verfolgt werden?**

Urtheile vom 6. August 1864 und 1. Oktober 1863.




Digitized by Google

a. Da das diese Frage entscheidende Urtheil vom 6. August 1864 bereits hievor S. 144 mitgetheilt worden ist, verzichten wir auf eine Wiederholung desselben und beschränken uns auf einige Nachträge und Bemerkungen.

Zur Begründung der gegen den Entscheid des Richteramtes Thun eingereichten Beschwerde wurde namentlich Folgendes geltend gemacht. Der § 96 der Wechselordnung stelle dem Wechselinhaber frei, den Schuldner am eigentlichen Wohnorte oder am Wechseldomizil zu belangen. Das Letztere sei geschehen, weil auf diese Weise sowohl der Aussteller als der Indossant mit einer Betreibungsvorkehr gleichzeitig habe belangt werden können. Der genannte § 96 der W. O. stehe unter dem Abschnitte „Wechselexekution" und es könne daher nicht zweifelhaft sein, daß die amtliche Aufforderung wie die Pfändung am Wechseldomizil vorgenommen werden könne. Das Zeugniß des Weibels entspreche allen gesetzlichen Anforderungen, namentlich sei dasselbe conform mit § 553 B. B. Verzeige der Wechselschuldner ein Domizil, so habe er dafür zu sorgen, daß am Zahltage daselbst Baarschaft vorhanden sei oder daß auf die Wechselexekution hin die zweckdienlichen Erklärungen und Vorkehren getroffen werden.

In seinen Gegenbemerkungen vom 17. Mai brachte R. Zbinden an: Es könne nicht ohne Weiteres zugestanden werden, daß auch die Pfändung am Wechseldomizil vorzunehmen sei, indem der § 97 der W. O. besage, daß wenn der amtlichen Aufforderung nicht binnen der anberaumten Frist nachgekommen werde, die Vollstreckung in gleicher Weise erfolge, wie die eines rechtskräftigen Urtheils. Ein solches Urtheil nun, das eine Geldforderung zum Gegenstande haben müsse unbestrittenermaßen durch einen Vollziehungsbefehl am eigentlichen Wohnort des Schuldners in Vollstreckung gesetzt werden, welchem eintretenden Falls die Pfändung nachfolge. Der Geltstag nun, als eine Folge dieses soeben bezeichneten Verfahrens, könne nur von dem Richter des eigentlichen Wohnsitzes des Wechselschuldners erkennt werden, der sich aber vorher nachweisen lassen müsse, daß der Schuldner bis zur Pfändung betrieben worden und daß bei ihm weder Bezahlung noch Pfänder zu finden gewesen seien. Im vorliegenden Falle sei dieser Nachweis nicht geleistet worden. Aus dem Weibelszeugnisse ergebe sich nur, daß im Wechseldomizil des Zb. keine Pfänder zu finden gewesen seien, nicht aber, daß „bei ihm" nichts Pfandbares (§ 553 B. B.) sich vorgefunden habe. Der Richter habe somit wegen Abwesenheit der gesetzlichen Voraussetzungen auf Seite des Schuldners den Geltstag nicht erkennen können.

Digitized by Google

In seinen Bemerkungen gegen die Beschwerde machte der Gerichtspräsident von Thun noch Folgendes geltend:

Es sei klar, daß zu Verhängung eines Geltstages nicht genüge, daß der Schuldner an irgend einem Orte, wo er einmal ein Wechseldomizil verzeige, keine Pfänder habe, sondern nach § 553 V. V. dargethan werden müsse, daß bei demselben überhaupt weder Bezahlung noch Pfänder zu finden seien. Der Geltstag sei aber keine Vollziehungsmaßregel, gegentheils werden durch die Eingabe des Geltstagsgesuches alle Vollziehungsmaßregeln eingestellt (§ 557 V. V.) und durch Verhängung des Geltstages werde das Vermögen eines Schuldners, der nicht im Stande sei, seine Gläubiger auf andere Weise zu befriedigen, diesen zur Vertheilung überlassen (§ 550 V. V.).

Es würde zu weit führen, wollten wir hier die Frage erörtern, ob der Wechsel, um welchen es sich handelte, wirklich ein domizilirter im Sinne des Gesetzes sei. Gericht und Parteien nahmen es ohne Weiters so an und Letztere stritten sich lediglich über die Bedeutung des Wechseldomizils in Beziehung auf die Exekution der Wechselverbindlichkeiten, über die Frage, ob an dem Orte, an welchem Jemand den von ihm ausgestellten Wechsel zu zahlen (Eigenwechsel), beziehungsweise die rechtzeitige Zahlung durch einen Dritten, den Domiziliaten, zu bewirken verspricht (Tratte), das Vollziehungsverfahren auch bis an die äußerste Gränze, d. h. bis zur Insolvenzerklärung, resp. Konkurseröffnung fortgesetzt werden könne, oder ob nicht vielmehr vom Momente der fruchtlosen Wechsel-Zahlungsaufforderung an die Vollziehung am Wohnorte des Schuldners, wo sich in der Regel allein und ausschließlich pfandbares Vermögen vorfinden wird, fortgesetzt werden müsse.

Wenn wir auch das Gewicht der zur oberinstanzlichen Entscheidung angeführten Motive nicht verkennen, so können wir doch nicht umhin, diesen Entscheid für höchst bedenklich zu halten. Ueber den Kern der Streitfrage geht man in Motiv 5 damit hinweg, daß man erklärt, wo man Bezahlung verlangen könne, habe man folgeweise auch das Recht, die Insolvenz des Schuldners gerichtlich konstatiren zu lassen. Aber ist denn dieß so unbedingt richtig? Gerade darüber stritt man sich ja, ob aus der Bestimmung eines besondern Zahlungsortes für eine

Digitized by Google

Wechselforderung folge, daß man hiezu berechtigt sei. Das Gericht hätte auf die Einwendungen der Impetraten ebenfalls eintreten und sagen sollen, warum dieselben nicht stichhaltig seien. Der allgemeine Satz, daß man die Wechselexekution nicht erschweren dürfe (Motiv 7), welcher nun so oft als Nothbehelf dienen muß, kann diesen Mangel nicht ganz verdecken und ersetzen.

In der Absicht der Parteien, welche sich des Domizilwechsels bedienen, scheint uns eine so ausdehnende Interpretation nicht zu liegen. Wenn Jemand in Bern auf Liestal einen Wechsel zieht, zahlbar in Basel, so denkt er schwerlich daran, daß in Basel sofort der Konkurs über ihn verhängt werden könne, wenn der von ihm oder dem Bezogenen bezeichnete Domiziliat den Wechsel nicht rechtzeitig einlöse.

Das angeführte Urtheil unterscheidet nicht zwischen den beiden wesentlich verschiedenen Klagen aus dem Wechsel, der Regreßklage und der Hauptklage gegen Acceptanten und Eigenwechselaussteller. Der Wechselinhaber hatte zwar anfänglich seine Ansprüche gegen den Indossanten und den Aussteller gleichzeitig am Orte des verzeigten Domizils verfolgt, später aber das Vollziehungsverfahren nur gegen den Hauptschuldner fortgesetzt, so daß das Gericht nicht in den Fall kam, zu entscheiden, ob die Verfolgung der Regreßrechte gegen die Indossanten ebenfalls beim verzeigten Domizil gültig geschehen könne.

In dem nachfolgenden Falle dagegen hat der Appellations- und Kassationshof am 1. Oktober 1863 indirekt entschieden, die Regreßansprüche des Inhabers eines Mangels Zahlung protestirten Domizilwechsels gegen die Indossanten könnten an dem bezeichneten Domizil verfolgt werden, indem er das gegen einen Indossanten am Wechseldomizile eingeleitete Vollziehungsverfahren, insbesondere die daselbst stattgefundene Pfändung aufrecht erhielt. Die thatsächlichen Verumständungen dieses Falles waren folgende:

b. Am 27. September 1862 stellte ein Herr S. zu Gunsten des Herrn R. einen Eigenwechsel im Betrage von Fr. 800 aus, welcher unterm 27. und 30 gl. M. und am 30. Dezember weiter

Digitized by Google

indossirt wurde und schließlich in den Besitz des Chr. in J. kam. Auf der Vorderseite des Wechsels ist noch folgende Inskription enthalten: „Zahlbar im Domicil des H. Amtsnotar Blau, Schauplatzgasse Nr. 207 in Bern", und das durchstrichene Datum: „Bern, den 7. Nov. 1862." Ob diese angebliche Domicilirung erst unterm 7. Nov. 1862 stattgefunden, von wem sie herrühre, ob erst von dem letzten Indossanten Ulrich Blau, Bruder des Domicilirten, oder schon vom Aussteller S., wurde auffallenderweise prozedürlich nicht festgestellt und kann aus den vorliegenden Akten, welche nur eine Abschrift des Originalwechsels enthalten, nicht entnommen werden.

Am Verfalltage wurde dieser Wechsel im verzeigten Domicil, im Büreau des Hrn. Notar Blau präsentirt und Mangels Zahlung protestirt. Ebendaselbst ließ der Gläubiger den Aussteller und die sämmtlichen Indossanten zu Erfüllung ihrer Verbindlichkeiten anhalten, indem er im genannten Büreau Blau zu Handen derselben eine amtliche Wechselaufforderung abgeben, ihnen die Vollziehung ankündigen und dieselbe vermittelst Pfändung ausführen ließ. Für einen der mehreren Indossanten, für seinen Bruder, gab nämlich der Domicilträger, Notar Blau, einen Forderungstitel zum Pfand und darüber wurde vom Gläubiger die Gantsteigerung ausgeschrieben. Vor Abhaltung der Steigerung wurde jedoch gegen den Domiciliaten eine strafrechtliche Untersuchung eingeleitet und die zum Pfand gegebene Obligation zu den Untersuchungsakten gezogen, so daß sich der Gläubiger veranlaßt fand, die bisherige Pfändung auszuschlagen; nunmehr ließ er auch in der wirklichen Wohnung, nicht mehr im verzeigten Domicil (Büreau Blau) des betreffenden Indossanten gutes und genügendes Pfand nehmen.

Gegen dieses Verfahren erhob U. Blau nachträglich Widerspruch und verlangte, weil die gesetzlichen Bedingung der Vollziehung fehlten, die Kassation des daherigen Vollziehungsbefehls, indem er vor dem 4. Juni, dem Tage der Pfändung, von der gegen ihn angehobenen Betreibung keine rechtliche Kenntniß erhalten habe.

Zu Begründung seines Einspruchs bestritt U. Blau die fragliche Domicilverzeigung im Allgemeinen und verneinte insbesondere, daß er bei seinem Bruder ein Wechseldomicil zu Erfüllung seiner Wechselverbindlichkeit verzeigt habe. Alle Vollziehungsvorkehren, welche im genannten Domicil zu seinen Handen gemacht worden, seien daher für ihn unverbindlich.

Der Beklagte behauptete dagegen, durch das Indossament hätten die Indossanten alle Rechte aus dem fraglichen Wechsel erworben und ihrerseits wieder auf ihre Nachmänner übertragen,

Digitized by Google

so habe insbesondere der letzte Indossatar und Wechselinhaber durch das Indossament auch das Recht erworben, die zu Geltendmachung seines Rückgriffs gegen seine Vormänner nöthigen Vollziehungsmaßregeln am Domicilorte zu treffen. Die Thatsache feststellen zu lassen, von wem die Domicilirung ausgegangen, fand man nicht für nöthig, obschon fast alle Rechtslehrer annehmen, es könne nur dann von einem Domicilwechsel die Rede sein, wenn die Bezeichnung des Zahlungsortes von dem Trassanten, resp. Eigenwechselaussteller ausgegangen sei.

Das Gericht wies den Kläger mit seinem Kassationsgesuche ab, aus Motiven, die lediglich dem Vollziehungsverfahren entnommen sind und deßhalb hier nicht wiederholt werden; es erkannte damit den Satz zu Recht, daß beim Domicilwechsel der Indossant so gut wie der Bezogene (Acceptant) und der Eigenwechselinhaber am bezeichneten Domicil belangt werden können.

Wir haben oben in der zweiten Ueberschrift den entscheidenden Satz nicht in positiver Fassung, sondern in der Form der Frage aufgenommen, weil wir dieses Urtheil für unrichtig halten. Es ist durchaus nicht richtig, daß der letzte Inhaber durch die Indossamente seiner Vormänner auch das Recht erworben hat, seine Regreßrechte am Orte des Wechseldomicils zu verfolgen, wenn der Schuldner auf den Verfalltag den Wechsel nicht einlöst. Der Regressat muß vielmehr auch beim domicilirten Wechsel stets an seinem Wohnort aufgesucht werden, wie aus den §§ 51—55 der W. O. klar genug hervorgeht. Nur für die Hauptverpflichteten ist das Wechseldomicil von Bedeutung, für die erst subsidiär verpflichteten Indossanten und Trassanten, die mit der Zahlung des Wechsels — und nur auf diese bezieht sich ja die Bezeichnung eines besonderen Domicils — nichts zu schaffen haben, sondern lediglich dafür haften, daß die Zahlung auch wirklich erfolge, ist der angegebene Zahlungsort juristisch gänzlich irrelevant, sie sind auf dem Wege des Regresses stets an ihrem wirklichen Wohnsitz zu belangen.

(Fortsetzung folgt.)

Digitized by Google

# Rechtsprechung in Civilsachen.

## A. Uebersicht der Rechtsprechung des bernischen Obergerichts bez. Appellations- und Kassationshofes *).

### Januar 1865.

1.

Kompetenz der Verwaltungsbehörden. Ueber die Frage, ob ein Gemeinderath schuldig sei, eine angeblich widerrechtlich bezogene Gemeindstelle dem Betreffenden zurück zu erstatten, sind nicht die Gerichte, sondern die Verwaltungsbehörden kompetent zu urtheilen. (Obergerichtsbeschluß in Sachen Gemeinderath von Zollikofen gegen Ruchti; 6. Jan.).

2.

Aussöhnungsversuch; Reform. Die Bestimmung des § 115 P., wonach der Aussöhnungsversuch in Fällen, in welchen die Verwirkung des Klagerechts zu besorgen stünde, ausgenommen ist, findet auch Anwendung auf Fristen, die im Proceßgesetz enthalten sind, z. B. auf die Reformfrist. (Beschwerdeerkenntniß in Sachen Jak. Hermann gegen Richteramt Trachselwald; 6. Jan.).

3.

Grenzstreitigkeit. Eine Grenzstreitigkeit wird zu Gunsten der (mit der Eigenthumsklage aufgetretenen) Klägerin entschieden, weil sie durch Indizien, in Verbindung mit der Vermuthung, daß die Marche von einem Stein zum andern nächstfolgenden eine gerade Linie bilde, nachgewiesen hat, daß die von ihr angesprochene gerade Linie die richtige sei. (Burgergemeinde Rumisberg gegen Burgergemeinde Niederbipp **); 19. Jan.);

---

*) Indem wir diese kurzen Uebersichten aus der obergerichtlichen Rechtsprechung beginnen, glauben wir ausdrücklich beifügen zu sollen, daß die ausführlichere Mittheilung einzelner besonders wichtiger Urtheile dadurch nicht ausgeschlossen sein wird. In der nächsten Nummer hoffen wir die Uebersicht aus den Monaten März und April bringen zu können und werden trachten, daß in Zukunft — soweit möglich — jede Nummer die Uebersicht des vorhergegangenen Monats (z. B. diejenige vom 1. Juli die Uebersicht vom Mai u. s. f.) enthalte.

**) Wo das Urtheil nicht näher angegeben ist, betrifft es ein appellationsweise ausgefälltes Urtheil des Appellations- und Kassationshofes.

Digitized by Google

4.

Zeugenverdächtigkeitseinrede; Verjährungseinrede; Eigenthumsklage. Eine Zeugenverdächtigkeitseinrede ist begründet, wenn die fraglichen Zeugen Einwohner der klägerischen Gemeinde sind. — Eine Verjährungseinrede wird abgewiesen, weil ein vollständiger Besitz vom 1. April 1828 an zurück auf 10 Jahre nicht konstatirt ist. — Die Eigenthumsklage einer Gemeinde, betreffend die Anerkennung eines Gäßleins als öffentliches Gäßlein, wird auf Grund des Beweisergebnisses abgewiesen. (Gemeinde Brügg gegen Johann Schneider; 20. Jan.).

5.

Legitimation zum Prozeß; Freiwillige Güterabtretung. Die Prozeßlegitimation für das Syndikat der Gläubigerschaft eines Handelshauses, welches von einer Versammlung der Gläubiger beauftragt worden, ein Akkomodement vorzuschlagen und die Liquidation zu besorgen, kann nur durch eine Vollmacht geschehen, welche von sämmtlichen Gläubigern auszustellen oder zu ertheilen ist. (Tschann-Zeerleder und Mithafte gegen Maria Imhoff geb. Schmalz; 21. Jan.).

6.

Moderation von Anwaltsnoten. Unterläßt der Anwalt, gegenüber welchem die Moderation der Kostensnote verlangt worden, innert der ihm anberaumten Frist die Belege zu seiner Rechnung einzureichen, so hat dieß nur allenfalls zur Folge, daß der Richter die zu spät eingereichten Belege nicht mehr zu beachten hat, nicht aber, daß das Forderungsrecht des Anwaltes gänzlich aufgehoben werden kann. (Beschwerdeerkenntniß in Sachen Fürsprecher Joh. Wyß gegen Richteramt Bern; 21. Jan.).

7.

Wegrecht; Verjährungseinrede. Die Verjährung eines Wegrechts wird angenommen, wenn nachgewiesen ist, daß der Beklagte, beziehungsweise seine Vorbesitzer, dasselbe vom 1. April 1828 auf 10 Jahre zurück faktisch ausgeübt haben, ohne daß es ihnen jemals streitig gemacht worden wäre. (Albert Egger gegen Joh. Schärer; 26. Jan.).

8.

Morgengabe. Wenn ein Bräutigam sein ganzes Vermögen ganz oder nahezu, unter Form einer Morgengabe seiner Braut zusichert, so fällt die Stipulation unter das Verbot der Satzungen 93

Digitized by Google

und 897 C., und ist, soweit diese Grenzen überschritten sind, ungültig, bez. zu reduziren. (Gebrüder Künzli und Mithafte gegen M. Probst geborne Müller; 27. Jan.).

## Februar.

1.

Zeugenbeweis. Ein Zeugenbeweis über Thatsachen, die sich in Genf zugetragen, ist bei Summen über Fr. 150 (art. 1341 code civil) zulässig, wenn der Prozeß in Bern (alter Kantonstheil) geführt wird. (Johann Wenger gegen Alexander Stouvenel; 2. Febr.)

2.

Emanzipationsgesetz; Wechselverbindlichkeit. Ein von einer abgeschiedenen Ehefrau, welche mit ihren unmündigen Kindern erster Ehe nicht getheilt hat, ausgestellter Wechsel wird, da der Gegenwerth keine sichere Deckung darbot, wegen mangelnder Einwilligung der Vormundschaftsbehörde, ungültig erklärt. (Friedr. Häfliger gegen Joh. Chard, Namens er handelt, und Mithafte; 2. Febr.)

3.

*Opposition à mariage.* L'opposition à mariage formée par une autorité communale du Jura pour secours donnés (dons volontaires) à l'un des fiancés est déclarée fondée pour aussi longtemps que les secours n'auront pas été volontairement restitués. (Vuilleumier et consorts contre la bourgeoisie de Tramelan-dessus; 3 Févr.).

4.

*Droit de bourgeoisie.* La reconnaissance d'un enfant naturel, fils illégitime d'une ressortissante (bourgeoise) d'une commune jurassienne, de la part d'un sujet autrichien, faite en pays étranger, ne peut conférer à cet enfant les droits, qui résultent de sa qualité de citoyen autrichien; dès lors l'enfant doit suivre la condition de sa mère (art. 5 de la loi du 29 avril 1816). (Commune bourgeoise des Bois contre Jos. Eug. Jobin; 3 Févr.).

5.

*Forclusion d'appel.* La forclusion est prononcée quand le certificat touchant la remise et l'acquittement des droits d'appel n'est pas revêtu des formes légales (timbre) et n'émane pas du président du tribunal ou de son rempla-

Digitized by Google

çant légal mais du greffier. (Constant Gogniat c. Gustave Simonin; 4 Févr.).

6.

Gewährsklage; Streitverkündung. Es genügt, wenn die Streitverkündung jeweilen an den unmittelbaren Vormann gemacht ist, und derjenige, welcher erst in zweiter oder fernerer Linie mit einem Regreßanspruche bedroht ist, kann sich nicht darauf berufen, daß der Erst- oder Zweitbelangte eine solche an ihn unterlassen habe. (Erbschaft Hadorn gegen Sam. Balsiger; 9. Febr.).

7.

Waarenlieferung; Gewährsmangel. Die Unterlassung des Käufers, die vertragswidrige Waare gleich nach Empfang und gemachter Probe auf die im Handel übliche Weise zur Disposition des Verkäufers zu stellen, wird als Annahme ausgelegt und dadurch das Recht, auf Zurücksetzung der Dinge in den vorigen Zustand anzutragen, ausgeschlossen. Dagegen ist der Käufer auch in diesem Fall berechtigt, Schadensersatz zu verlangen, wenn ihm der Verkäufer einen Wein von mindestens guter Qualität versprochen, ihm aber nur geringe Qualität geliefert hat. (J. Colin gegen David Herter; 10. Febr.).

8.

Abstand; Solidaritätsverhältniß. Die Abstandserklärung des Einen von zwei Beklagten, welche gemeinschaftlich einen Miethvertrag mit der Klägerin abgeschlossen hatten, ist für den Andern nicht verbindlich, wenn das Solidaritätsverhältniß zwischen den Beklagten streitig ist. (Beschwerdeerkenntniß in Sachen der Baugesellschaft des Lorrainequartiers gegen den Friedensrichter der obern Stadtgemeinde Bern; 11. Febr.)

9.

Erbschaft eines Verschollenerklärten; Verjährungseinrede. Die vermuthlichen Erben eines Verschollenerklärten, welche das Vermögen desselben herausverhalten haben, können dasselbe nicht durch Verjährung erwerben. Die Klage auf das bessere Recht auf das herausgegebene Vermögen des Verschollenerklärten kann angestellt werden, wenn die Kläger zur Zeit der Ediktalladung keine Kenntniß von den Thatsachen hatten, welche ihr besseres Recht auf das Vermögen begründen. (Caspar Biedermann gegen Joh. Marti und Mith.; 16. Febr.)

Digitized by Google

10.

*Purge d'hypothèque.* Pour former opposition à la purge d'hypothèque, soit à la sommation de payer ou de délaisser (art. 2169 code civil), l'opposant n'est pas tenu d'observer un délai de 4 jours. (J. P. Trouillat et consorts c. Joseph Noirjean; 17 févr.)

11.

*Serment décisoire, comparution personnelle.* La partie qui a déféré le serment à son adversaire n'est pas tenue de comparaître personnellement au terme de la prestation du serment, lorsqu'elle est domiciliée à une distance considérable, par exemple à Nice. (Plainte de dame Pommey c. Président du tribunal de Porrentruy; 18 févr.)

12.

Schuld- und Rechtsversicherung Aus dem Umstande, daß die Forderung, für welche Schuld- und Rechtsversicherung verlangt wird, zu hoch angegeben worden, kann nicht Zurückweisung des Versicherungsbegehrens hergeleitet werden, sondern es findet Reduktion der Forderung statt, ohne andern Nachtheil für den Gläubiger, als daß er unter Umständen in die Kosten verurtheilt werden kann. (Christian Lörtscher gegen Ludwig Morell; 18. Febr.)

13.

Miethvertrag; provisorische Verfügung. Der Miether kann, wenn er in dem von der Bestandsache zu erwartenden Nutzen durch die Handlungsweise des Vermiethers beeinträchtigt wird (in casu wurde durch Anbringung von zwei Kelleröffnungen der Zutritt zu den Schaufenstern eines Verkaufsmagazins beschränkt) eine provisorische Verfügung verlangen, wofern es sich um einen nicht leicht zu ersetzenden Schaden handelt, und als solcher wird auch ein nicht leicht zu taxirender Schaden angesehen. Haben sich seit der Anbringung des Gesuchs um Ertheilung einer provisorischen Verfügung die Verhältnisse verändert, z. B. dadurch, daß die projektirten Bauten vollendet worden sind, so fällt dadurch das Begehren nicht dahin, dagegen ist den veränderten Verhältnissen im Inhalt der Verfügung Rechnung zu tragen. (Friedrich Weiß gegen Hegel und Comp.; 23. Febr.)

14.

Kassationsbegehren gegen ein Vollziehungsverfahren. Ein Kassationsbegehren gegen ein eingetretenes Gantverfahren wird abgewiesen, weil die Einräumung von Zahlungs-

Digitized by Google

terminen Seitens des Gläubigers im Laufe der Betreibung wegfällt, wenn die Bedingungen, resp. die Versprechen des Schuldners nicht genau eingehalten worden sind. (Johann Stauffer gegen Johann Tschanz; 24. Februar.)

15.

Bestellung von Arbeiten durch die Ehefrau. Die Klage gegen den Ehemann auf Bezahlung für gemachte Berufsarbeiten wird abgewiesen, wenn nicht bewiesen wird, daß der Ehemann seine Frau zur Bestellung ermächtigt oder dieselbe nachträglich gutgeheißen habe. (Jakob Tieffenbach gegen François Raymond; 24. Febr.)

16.

*Procédure consulaire.* En procédure consulaire il ne doit pas être procédé à une ordonnance spéciale sur les preuves, telle qu'elle est prescrite par le code de procédure civile bernois. (Kierneur et fils c. Charles Nathan. 24 févr.) 3.

---

## B. Ausführlichere Mittheilungen von Civilurtheilen.

### I. Bern, alter Kantonstheil.

1. **Präparatorische Verträge** (pacta de contrahendo) **sind den nämlichen Förmlichkeiten unterworfen wie das Hauptgeschäft und bedürfen daher zu ihrer Rechtsförmigkeit und Gültigkeit, wenn sie sich auf den Kauf einer unterpfändlich verhafteten oder zehntpflichtigen Liegenschaft beziehen, der amtsnotarialischen Verschreibung; dasselbe gilt auch von der einer solchen Vertragsverabredung beigefügten Pönalklausel (Konventionalstrafe).**

(Judicate vom 13. Nov. 1857 und 7. Nov. 1862).

---

Die Streitfrage, welcher Förmlichkeiten es zur Gültigkeit eines präparatorischen Vertrages, beziehungsweise einer Vertragsbestimmung bedürfe, wodurch sich Jemand auf den Fall seines Rücktrittes von einem Vertrage, zu dessen Rechtsbeständigkeit das Gesetz schriftliche Abfassung oder amtsnotarialische Verschreibung

Digitized by Google

verlangt, zur Zahlung einer bestimmten Summe als Konventionalstrafe verpflichtet — ist in der frühern obergerichtlichen Praxis in dem Sinne beantwortet worden, daß ein solcher Vertrag keinen besondern Förmlichkeiten unterworfen sei. Wenn z. B. Jemand seine unterpfändlich verhafteten Liegenschaften bloß mündlich oder unter einfacher Privatunterschrift verkaufte, so mußte er zur gehörigen Verschreibung dieses Kaufvertrages mitwirken oder wurde schadenersatzpflichtig und mußte die allfällig ausbedungene Konventionalstrafe bezahlen. Die Gerichte nahmen an, solche Kaufsabreden seien als persönliche Verpflichtungen zu Abschließung eines Kaufes, unter Entschädnißvorbehalt im Falle des Rücktritts, aufzufassen und weil das Gesetz für Verträge dieser Art keine besondern Formen vorschreibe, genüge zu ihrer Vollständigkeit die einfache Mündlichkeit oder Schriftlichkeit (vergl. Zeitsch. für vaterländ. Recht IX, S. 311).

Diese Anschauung wurde später, namentlich von Leuenberger (Vorlesungen Bd. III, S. 575) bekämpft, und der Satz aufgestellt: das vorbereitende Geschäft sei streng an die Formen des beabsichtigten Hauptvertrages gebunden. In neuerer Zeit hat nun auch der Appellations- und Kassationshof diese Auffassung zu Recht erkannt, wie die beiden nachstehenden Judicate beweisen.

a. Unterm 9. März 1855 wurde zwischen Johann Vogt und Jakob Ruchti in der Wirthschaft zu Kosthofen ein Vertrag abgeschlossen, wonach Ersterer dem Letztern sein Haus zu Bundkofen nebst einigem umliegenden Land und verschiedenen Beweglichkeiten um den Kaufpreis von 13,000 Pfd. veräußerte. Ueber diesen Kauf wurde vorläufig eine von beiden Kontrahenten unterzeichnete Urkunde aufgenommen, in welcher außerdem bestimmt wurde, daß dieser Vertrag notarialisch verschrieben werden solle und daß derjenige, welcher allenfalls denselben aufgeben würde, dem andern Fr. 500 Entschädigung zu bezahlen habe.

Durch Rechtsvorkehr vom 27. März ließ Vogt dem Ruchti erklären, daß er bereit sei, den verabredeten Kaufvertrag gehörig verschreiben und vollziehen zu helfen, und forderte den R. auf, ein Gleiches zu thun, oder sich zu erklären, ob er den Kauf aufgeben und die ausbedungene Entschädigung bezahlen wolle; gleichzeitig lud er denselben auf eine bestimmte Stunde in die Schreib-

Digitized by Google

stube eines Amtsnotars, um daselbst die notarialische Verschreibung des verabredeten Kaufsvertrages vornehmen zu helfen. Da R. bei dieser Verhandlung nicht erschien, so ließ B. denselben für die in dem erwähnten Vertrage stipulirte Konventionalstrafe von Fr. 500 rechtlich betreiben, dabei erklärend, daß er bereit sei, den verabredeten Kauf gehörig verschreiben zu lassen, womit dann die Bezahlung der gedachten Entschädigung dahin falle. R. versetzte indessen gegen diese Forderung einen Rechtsvorschlag und es kam zum Prozeß, in welchem jedoch B. mit seiner Klage abgewiesen wurde, und zwar aus folgenden Entscheidungsgründen:

in Betrachtung:

1) daß die fragliche zwischen den Parteien unterm 9. März 1855 getroffene Kaufsverabredung sich als ein präparatorisches auf die Abschließung eines Liegenschaftskaufes abzielendes Rechtsgeschäft darstellt;

2) daß für solche präparatorische Verträge im Allgemeinen nach unserer Gesetzgebung die nämlichen Formvorschriften zur Anwendung kommen müssen, denen das Hauptgeschäft unterworfen ist;

3) daß aber im vorliegenden Falle der Kaufgegenstand, das Heimwesen des Joh. Vogt, unterpfändlich für verschiedene Forderungen und die Zehntloskaufssumme verhaftet ist, mithin der Kaufsvertrag, so wie die vorläufige Kaufsabrede bezüglich desselben zu ihrer Rechtsförmigkeit und Gültigkeit der amtsnotarialischen Verschreibung bedurften (Satz. 813 C.), statt deren jedoch nur eine gewöhnliche, von beiden Kontrahenten unterzeichnete Urkunde vorliegt, die überdieß nur die wenigsten zu einem vollständigen Kaufsprojekte erforderlichen Punktationen enthält;

4) daß endlich, wenn die fragliche Kaufsabrede als solche unförmlich und unverbindlich ist, die in derselben enthaltene und mit ihr ein Ganzes bildende Pönalklausel, wonach die vom Vertrage zurücktretende Partei der andern eine Entschädigung von Fr. 500 zu leisten hat, ebenfalls als ungültig und wirkungslos dahin fällt, zumal auch eine solche Vertragsbestimmung die gleichen Förmlichkeiten an sich tragen soll, wie der Hauptvertrag.

b. In einem ganz ähnlichen Falle bestätigte der Appellations- und Kassationshof unterm 7. November 1862 in Sachen Hirsbrunner contra Röthlisberger diese Anschauung, unter Anführung folgender Erwägungsgründe:

1) daß die so betitelte Kaufsübereinkunft vom 19. Dezember 1861 nicht mit den für Verträge über Liegenschaften nach dem Gesetz erforderlichen Förmlichkeiten versehen ist; daß die Parteien dieselbe auch nicht als gültigen Kaufsvertrag angesehen haben;

Digitized by Google

2) daß nun der Kläger zwar nicht die Erfüllung der Vertragsabrede durch förmliche Verschreibung einklagt, sondern bloß die Summe, welche die zurücktretende Partei der andern zu bezahlen hätte, daß aber eine solche Vertragsbestimmung nicht gültig sein kann, indem sonst das Gesetz, welches die förmliche Verschreibung verlangt, illusorisch würde, und es sich aus der Natur der Sache ergibt, daß wenn ein Vertrag in seinen Hauptbestandtheilen nicht gültig ist, derselbe auch — insoweit es die Nebenbestimmungen anbetrifft — dem gleichen Schicksal unterworfen sein muß. 8.

---

**2. Jemand, der sich dem Uebernehmer seines Geschäfts gegenüber verpflichtet, auf diesem bestimmten Platze binnen einer gewissen Zeit kein ähnliches (Konkurrenz-) Geschäft zu gründen und zu betreiben, wird schadensersatzpflichtig, wenn er einer solchen Vertragsbestimmung zuwiderhandelt.**

(Urtheil vom 27. Juni 1863).

---

Zwischen H. Häfeli, Negt., in Langenthal, als Verkäufer, und Frau Wittwe Geiser, als Käuferin, wurde unterm 19. Okt. und 14. Nov. 1857 ein Kaufvertrag abgeschlossen, durch welchen ersterer der letztern seine sämmtlichen Waaren in Wollen- und Baumwollengarn zum Ankaufspreis verkaufte, und unter Anderm sich verpflichtete, innert den ersten 8 Jahren der Käuferin „am hiesigen Orte" in den bemeldten Artikeln keine Konkurrenz zu machen.

H. Häfeli errichtete jedoch innert den im Vertrage ausbedungenen 8 Jahren in Langenthal eine andere Garnhandlung, welches die Frau Geiser veranlaßte, klagend gegen ihn aufzutreten und von ihm in erster Linie Erfüllung des mit ihr abgeschlossenen Kaufvertrages, eventuell Schadensersatz zu verlangen.

Zu Begründung ihrer Klage brachte Frau Geiser neben andern untergeordneten Punkten im Wesentlichen an: H. Häfeli habe seit dem Kaufsabschlusse im Jahre 1857 bis auf heute wiederholt und viel in Langenthal Wollen- und Baumwollengarn zu den gewöhnlichen Preisen verkauft, und zwar jedenfalls in einem Betrage von wenigstens Fr. 1500; durch diese vertragswidrige Konkurrenz und andere unvollständige Kontraktsleistungen sei der Klägerin ein bedeutender Schaden erwachsen.

In seiner Hauptvertheidigung brachte der Beklagte hauptsächlich an, er habe alle Vertragsverbindlichkeiten erfüllt und erkenne

Digitized by Google

namentlich die Verpflichtung an, in den 8 Jahren seit dem Abschlusse des Vertrages der Klägerin keine Konkurrenz zu machen; hingegen bestreite er, daß durch den fraglichen Vertrag der Engros-Verkauf von Wollen- und Baumwollengarnen untersagt worden sei, er habe vielmehr nur den Sinn, daß ihm der Detailverkauf nicht gestattet sein solle. Unter Engros-Verkauf werde im Handelsverkehr jede Veräußerung von Handelsartikeln verstanden und es werde namentlich im Garnhandel die Veräußerung eines ganzen Bundes Garn als Engros-Verkauf betrachtet; daß er solche Engros-Verkäufe abgeschlossen habe, gebe er zu.

Die Beweisführung stellte auch heraus, daß H. Häfeli Quantitäten Garn von 25, 15 und 10 Pfd. zu Detailpreisen verkauft habe und das Expertengutachten lautete dahin: es sei keinem Zweifel unterworfen, daß H. Häfeli durch Fortsetzung oder Wiederbeginn eines Garnhandels der Frau Geiser ziemlich Schaden und Nachtheil zugefügt, und dieser Schaden möge sich immerhin auf circa Fr. 500 belaufen. Im Garnhandel sei auch derjenige, der über einen Bund Garn verkaufe, deßwegen noch kein Engroßist, denn die weitaus größere Zahl der Krämer (Kleinhändler) verkauften Garne, namentlich Webgarne, von diesem Belange, ohne sich ersteres Prädikat beizulegen.

Der Appellations- und Kassationshof trat in seinen Motiven auf die Einwendungen des Beklagten nicht näher ein, sondern verurtheilte ihn einfach, weil er die mehrerwähnte Verpflichtung eingegangen und aus deren Nichtbeachtung der Klägerin Schaden erwachsen sei, zu Fr. 500 Entschädigung und zu den Kosten.

Man hat sich schon vielfach darüber gestritten, ob eine Verpflichtung, wie die von H. Häfeli übernommene, mit der verfassungsmäßig garantirten Gewerbefreiheit vereinbar und gültig, oder ob nicht vielmehr ein derartiger Verzicht auf eines der ersten Freiheitsrechte von vorneherein als unverbindlich und ungültig betrachtet werden müsse. Im vorliegenden Falle lag nun die Frage allerdings nicht rein so vor, wie sie gewöhnlich gestellt wird, indem sich der Beklagte dieses Vertheidigungsstandpunktes von vorneherein begab und ausdrücklich anerkannte, er sei schadensersatzpflichtig, wenn er in Wirklichkeit ein gleichartiges, ein Konkurrenzgeschäft errichtet und betrieben habe, was er des Bestimmtesten bestritt. Das Gericht war also nicht im Fall, oder doch wenigstens nicht verpflichtet, auf die gewöhnlichen Einwendungen gegen eine solche angeblich mit dem Naturrecht im Wi-

Digitized by Google

derspruch stehende Verpflichtung Rücksicht zu nehmen und die erwähnte Streitfrage prinzipiell zu entscheiden. Wir sind jedoch überzeugt, daß der prinzipielle Entscheid nicht anders ausgefallen wäre, als der vorliegende. Denn einer der ersten und am meisten angewendeten Entscheidungsgründe lautet: vertragsmäßige Verpflichtungen sollen, wenn irgend möglich, respektirt und gehalten werden. Wer nun aus einem Verzichte auf die garantirte Gewerbefreiheit und das freie Niederlassungsrecht Vermögensrechte herleitet, der soll entweder die von ihm übernommenen Verbindlichkeiten achten, oder dann der erworbenen Vermögensvortheile wieder verlustig gehen, mit andern Worten schadenersatzpflichtig werden*). 8.

## II. JURA BERNOIS.

### 1. Conjoints étrangers. — Séparation de biens. — Statut applicable.

*Lorsque des époux étrangers (Wurtembergeois) se sont mis au bénéfice des lois du Jura, qu'ils s'y sont mariés, qu'ils y ont acquis des biens et contracté des dettes, ce n'est pas d'après les lois du pays d'où ces époux sont originaires que, à défaut de traités internationaux, il faut rechercher si une demande en séparation de biens est recevable et fondée, mais d'après la loi du domicile conjugal, d'après la loi du pays où les époux ont acquis leurs biens et contracté leurs dettes.*

Arrêt du 26 janvier 1865. — Marie Krauss contre son mari.

Les époux Fritz Krauss, aubergiste, et sa femme née Heidlauf, sont tous deux originaires du royaume de Wurtemberg. Ils habitaient déjà depuis des années le Jura bernois, lorsqu'ils se sont mariés, le 23 novembre 1845, dans le district de Courtelary, se plaçant volontairement quant à leurs biens sous l'empire de la loi qui régit ce

*) Wir sind gleicher Ansicht, halten jedoch eine einläßlichere Begründung für nothwendig. D. Red.



Digitized by Google

pays. En 1864, le mari Krauss fut déclaré en état de faillite. Celle-ci fut poursuivie de la part de tous intéressés d'après les lois du Jura, et en août 1864, il intervint entre Krauss et ses créanciers un concordat, qui fut régulièrement homologué par le tribunal de Courtelary. La femme Krauss, qui, en sa qualité de commune en biens, n'avait rien pu sauver du naufrage, et qui avait juste crainte de voir s'évanouir sous la mauvaise administration de son mari ce qu'elle pourrait encore acquérir par son travail et son industrie, se fit autoriser à ester en justice et elle se pourvut contre son mari par une demande en séparation de biens. Les créanciers du mari ou autres intéressés ne firent aucune démarche contre cette demande, qu'ils approuvèrent ainsi tacitement. Le mari reconnut l'exactitude des faits allégués et déclara n'avoir rien à opposer à cette séparation de biens. Le tribunal de Courtelary toutefois rejeta la demande en admettant dans ses motifs que les époux étant tous deux originaires du Wurtemberg, c'était aux tribunaux de ce pays qu'il appartenait d'en connaître, que les rapports matrimoniaux des époux, en ce qui concerne les biens, font partie du statut personnel, que la femme Krauss n'a pas prouvé ni allégué que le code civil de Wurtemberg permît la séparation de biens. Il ajouta que matériellement la demande n'était pas fondée.

La Cour, par son arrêt du 26 janvier 1865, réforma le jugement de première instance en se basant sur les motifs suivants :

Considérant :

1. Que la question qui se présente ne tombe pas directement sous l'application des principes qui régissent le statut personnel, *sensu stricto*, puisqu'il ne s'agit ni de l'état des personnes, ni d'un divorce ou séparation de corps, ni de la capacité des époux à provoquer un pareil acte, mais qu'il s'agit d'une demande en *séparation de biens* entre époux, et que, à la solution de cette question, non-seulement l'ordre public du pays où les époux ont établi leur domicile, mais encore des tiers, créanciers, etc., peuvent être directement intéressés ;

2. Que depuis leur mariage, les époux Krauss ont fixé leur domicile conjugal dans le Jura, qu'ils y ont acquis des biens, tant mobiliers qu'immobiliers, qu'ils y ont

Digitized by Google

contracté en commun des dettes et des obligations, que même le mari y est tombé en faillite et que tant les opérations de cette faillite que les divers autres contrats antérieurs ont été réglés, sans opposition, et du consentement des intéressés, d'après les dispositions légales en vigueur dans ce pays ;

3. Que d'après l'art. 3 c. civ. fr. les lois de police et de sûreté obligent ceux qui habitent le territoire du Jura, que les immeubles qui y sont possédés même par des étrangers sont régis par la loi française, et qu'en l'absence de tout traité ou convention internationale avec le Wurtemberg, ce n'est pas aux autorités et lois de ce royaume qu'il faut renvoyer la demanderesse pour faire statuer sur sa demande en séparation de biens, mais qu'il convient et importe que cette demande soit appréciée par les autorités du pays où les époux ont établi leur domicile conjugal et y ont acquis des biens, et d'après les lois sous le bénéfice desquelles les époux se sont volontairement placés pour acquérir ces biens ou pour en acquérir par la suite, et que dès lors les tribunaux de notre canton sont compétents pour examiner le bien ou mal fondé de la présente demande en séparation de biens;

4. Que — appréciant cette demande — il est suffisamment prouvé par la faillite du mari Krauss qu'il y a eu désordre dans la gestion de ses affaires, que le concordat intervenu et par lequel le failli paye 30 % à ses créanciers, n'est pas par lui-même une preuve de bonne administration, et que sa femme a juste crainte de voir sa dot en péril, celle-ci ne se composât-elle que de son travail et de son industrie (art. 1443 et suiv. c. civ.) ;

5. Qu'au surplus toutes les formalités voulues par la loi ont été observées au cas particulier (art. 865 et suiv. c. pr. civ. franç.) ;

P. C. M. la Cour, réformant le jugement rendu, *adjuge* à la femme Krauss les conclusions de sa demande en séparation de biens. 2.

---

Digitized by Google

## 2. Réclamation faite à l'acheteur d'objets volés. — Bonne foi.

*Ce n'est pas par la voie d'une action personnelle en payement, mais par la voie de la revendication que des objets volés peuvent être réclamés au possesseur, acquéreur de bonne foi.*

**Affaire *Berbier-Desbœufs* contre *Célestin Véron*. — Arrêt du 23 septembre 1864.**

---

Un nommé Vuilleumier était ouvrier des sieurs Berbier et Desbœufs pendant un peu plus d'un an, de 1861 à 1863, et pendant ce laps de temps il déroba à ses maîtres différentes matières d'argent, consistant en bouts de lingots, débris, limailles, buchilles, etc. Il vendit en trois reprises ces matières au sieur Véron, guillocheur et en même temps essayeur-juré à St.-Imier. Celui-ci disposa en les fondant des matières ainsi acquises de Vuilleumier, dont il n'avait aucun motif de suspecter la probité.

Par arrêt de la Cour d'assises du 9 mars 1863 Vuilleumier fut condamné pour vol des dites matières d'argent à une peine afflictive et en outre à la réparation du dommage causé. Appuyés sur ce jugement les demandeurs Berbier et Desbœufs réclamèrent contre Véron le payement de la valeur des matières à eux soustraites. Le défendeur contesta leurs prétentions, alléguant notamment qu'il avait acheté de bonne foi des objets qui avaient été transformés par la fonte, et que de plus il les avait achetés d'un marchand vendant des choses pareilles; que dès lors il se trouvait au bénéfice de l'art. 2280 C. civ.

Le tribunal de première instance (Courtelary) fit droit à cette dernière manière de voir, et la Cour confirma le jugement, non par les motifs des premiers juges, mais par les considérants suivants :

Considérant :

1. Que les demandeurs dans leurs conclusions réclament la bonification ou la contre-valeur de matières d'argent d'espèces différentes qui leur auraient été volées, mais

Digitized by Google

qui sont parvenues entre les mains d'un tiers de bonne foi, lequel en a disposé après la fonte;

2. Que l'art. 2279 C. civ. dans sa disposition exceptionnelle ne parle pas d'une prestation de ce genre, mais qu'il autorise uniquement la *revendication* des objets volés ou perdus entre les mains d'un tiers, et que, pour que cet article soit applicable, il faut que le lésé exerce son action en revendication sur un objet déterminé lui ayant appartenu, dont il justifie la provenance en mains tierces, ainsi que l'identité;

3. Qu'à supposer même que l'action intentée soit une revendication des objets volés, les demandeurs n'ont pas établi, ni quant à leur valeur, ni quant à leur spécification, ni quant au titre, l'identité des matières d'argent volées avec celles dont le défendeur a disposé de bonne foi;

4. Qu'il devient dès lors superflu de s'occuper dans l'espèce de l'applicabilité de l'art. 2280 C. C.

P. C. M.

La Cour, confirmant le jugement, *déboute* des conclusions de la demande. 2.

---

# Aus der strafgerichtlichen Praxis.

## Ueber die Korrektionalisirungsbefugniß der Anklagekammer und die Rechtsprechung der Assisen.

Herr Oberrichter Moser, dermaliger Assisenpräsident, veröffentlicht in der Zeitschrift des bernischen Juristenvereins, Band I, Nr. 8 eine sehr verdankenswerthe Arbeit über die Zuständigkeit der Assisen nach den hiesigen Gesetzen und nach dem neuen Strafgesetzentwurf. Wie es der Gegenstand mit sich bringt, verbreitet sich der Verfasser namentlich auch über die der Anklagekammer gesetzlich eingeräumte Befugniß des Korrektionalisirens, wobei er dieser Behörde das Kompliment macht, sie habe von dieser Korrektionalisirungsbefugniß „oft in wucherischer Weise Anwendung gemacht."

So sehr nun der Unterzeichnete in vielfacher Beziehung die Ansichten, welche in jenem Aufsatz ausgesprochen werden, theilt,

Digitized by Google

so sieht er sich gleichwohl veranlaßt, über jenen der Anklagekammer und indirekt auch ihm gemachten Vorwurf einige Bemerkungen zu machen und die Sache in ihrem wahren Lichte darzustellen.

Bald nach der Einführung des gegenwärtigen Strafverfahrens (Anno 1851) zeigte es sich, daß die Assisen mit einer allzugroßen, kaum zu bewältigenden, Zahl von Straffällen beladen würden, wenn alle diejenigen Fälle den Assisen überwiesen werden müßten, welche nach den dermaligen Strafgesetzen als Verbrechen zu betrachten sind. Jeder mit unserer Strafrechtspflege irgendwie Vertraute mußte sofort die Ueberzeugung gewinnen, daß unsere gegenwärtige materielle Strafgesetzgebung in vielen Beziehungen zu dem neuen Strafverfahren nicht paßt, und daß es weit zweckmäßiger gewesen wäre, wenn vor der Einführung des letztern die Strafgesetzgebung selbst einer Revision unterworfen, mit dem Strafverfahren in Einklang gebracht und zugleich mit diesem publizirt worden wäre. Niemand dachte daran, daß die Erlassung des neuen Strafgesetzbuches noch weitere 14 Jahre werde auf sich warten lassen.

Es war daher die der Anklagekammer durch den Art. 256 St. B. eingeräumte Befugniß: auf den Antrag des Generalprokurators auch solche Straffälle, welche sich nach den dermaligen Strafgesetzen zu Verbrechen eignen, dann dem korrektionellen Gerichte oder dem Polizeirichter zu überweisen, wenn sie einmüthig dafür hält, daß der Gesetzgeber, wenn ihm bei Erlassung des betreffenden Strafgesetzes der konkrete Fall vorgeschwebt hätte, um den es sich handelt, eine peinliche Strafe nicht angedroht haben würde, lediglich ein momentaner Nothbehelf, welchem keine andere Absicht zu Grunde lag, als die, dafür zu sorgen, daß die neue Maschine marschiren könne und nicht schon von vornenherein in's Stocken gerathe.

Aus dem nämlichen Grunde wurden ferner durch Gesetz vom 11. Dezember 1852 geringere Diebstahlsfälle den Assisen entzogen und den korrektionellen Gerichten zugewiesen. So namentlich gemeine Diebstähle, deren Werth Fr. 100 a. W. nicht übersteigt, selbst wenn sie an befriedeten Sachen oder unter erschwerenden Umständen begangen werden.

Besser wäre es allerdings gewesen, wenn diese Befugniß der Anklagekammer genauer normirt und die nöthigen Detailbestimmungen sogleich hinzugefügt worden wären. Dieß würde auch wohl geschehen sein, wenn man sich nicht der Hoffnung überlassen hätte, daß das neue Strafgesetzbuch in nicht ferner Zeit in Kraft treten werde.

Digitized by Google

Richtig ist nun zwar, daß der Anklagekammer infolge jener Korrektionalisirungsbefugniß eine sehr weit gehende discretionäre Gewalt zugestanden wurde, und der Unterzeichnete ist weit davon entfernt behaupten zu wollen, daß kein Fall korrektionalisirt worden sei, dessen Beurtheilung nicht besser den Assisen überlassen worden wäre. Unrichtig ist aber, daß eine unverhältnißmäßig große Zahl von Straffällen von der Anklagekammer korrektionalisirt worden sei. Im Jahr 1864 z. B. wurden 249 Personen den Assisen überwiesen, während (in Anwendung des angeführten Art. 256 St. B. zweites Alinea) nur 63 Personen den korrektionellen Gerichten und 4 dem Polizeirichter überwiesen wurden. So viel kann aber der Unterzeichnete versichern, daß wenn auch hin und wieder Fälle, welche nach der Anschauungsweise des Herrn Assisenpräsidenten den Assisen hätten überwiesen werden sollen, korrektionalisirt wurden, dieß stets nur im Interesse des Geschäftsganges und mit Rücksicht auf möglichste Erleichterung der Assisen geschah. Nie wurde übrigens ein schweres Verbrechen den Assisen entzogen. Die Anklagekammer handelte, so oft sie von ihrer Befugniß Gebrauch machte, stets nach ihrer innigsten Ueberzeugung. So wenig ihr ein Urtheil zusteht über die Art und Weise, wie die Assisen sich ihrer Pflicht entledigen, ebensowenig steht sie ihrerseits unter der Kontrolle und Aufsicht der Assisen oder ihres Präsidenten. Wir sind übrigens überzeugt, daß der Verfasser des fraglichen Artikels selbst in vielen Fällen mit den Beschlüssen der Anklagekammer sich einverstanden erklärt haben würde, wenn er Gelegenheit gehabt hätte, sich mit den Akten vertraut zu machen.

Ganz besonders spricht sich der fragliche Aufsatz dagegen aus, daß Betrugsfälle in der Regel den korrektionellen Gerichten und nicht den Assisen überwiesen werden, wobei man sich auf ein Circular beruft, welches vor einiger Zeit von der Anklagekammer oder dem Generalprokurator an die Untersuchungsrichter und Bezirksprokuratoren erlassen worden seien solle, dahin gehend, daß Fälle von Betrug nicht mehr der Anklagekammer einzusenden seien, weil nach dem Gesetz vom 26. Mai 1848 anzunehmen sei, daß das Delikt des Betrugs überhaupt nur der korrektionellen Beurtheilung anheimfalle.

Es ist nun vorerst unrichtig, daß je ein solches Kreisschreiben, sei es von der Anklagekammer, sei es von dem Generalprokurator erlassen worden sei. Richtig ist dagegen, daß die Anklagekammer, auf den Antrag des Unterzeichneten, sich wiederholt dahin aussprach, daß Betrugsfälle in der Regel bloß korrektionelle Bestrafung zur Folge haben und zwar namentlich mit Rücksicht auf das Gesetz wider die zahlungsflüchtigen Schuldner vom 26. Mai 1848. Wir

Digitized by Google

halten diese Anschauungsweise noch jetzt für vollkommen richtig, und zwar aus folgenden Gründen:

1) Vorerst ist zu bemerken, daß wir überhaupt keine Vorschriften über den Betrug besitzen, daher der Art. 2 der Verordnung von Anno 1803 in vorkommenden Fällen zu Hülfe genommen werden muß. Es fehlt daher auch eine Bestimmung, ob und in welchen Fällen der Betrug peinlich und in welchen er bloß korrektionell bestraft werden soll. Sowohl nach dem Code pénal art. 405 als nach dem preußischen Strafgesetzbuch § 241 u. f. ist der Betrug mit bloß korrektionellen Strafen bedroht und zwar ohne Rücksicht auf die Größe des verursachten Schadens. Es wird daher der Anklagekammer kaum ein Vorwurf gemacht werden können, wenn sie diesem Beispiele gefolgt ist.

2) Richtig ist zwar, daß das Gesetz zu Verhinderung betrügerischer und muthwilliger Geltstage vom 22. Dezember 1823, welches sich überhaupt durch seine Härte auszeichnete, den betrügerischen Geltstag als ein peinliches Verbrechen erklärte und mit einer vier- bis zehnjährigen Schellenwerkstrafe nebst Ausstellung an dem Pranger bedrohte. Allein dieses Gesetz besteht längst nicht mehr in Kraft und wurde durch dasjenige vom 26. Mai 1848 wider die Betrügereien zahlungsflüchtiger Schuldner ersetzt. Man braucht nur einen Blick auf dieses Gesetz zu werfen, so überzeugt man sich, daß es im Gegensatz zu demjenigen vom Jahr 1823 sich durch seine große Milde auszeichnet und daß es kaum in der Absicht des Gesetzgebers lag, Widerhandlungen gegen dieses Gesetz zu Verbrechen zu stempeln. Es geht dieß übrigens aus dem Art. 1 klar hervor, wonach dergleichen Betrügereien zahlungsflüchtiger Schuldner je nach dem Grade des rechtswidrigen Vorsatzes und der Größe des gestifteten Schadens mit zwei Monaten Einsperrung bis vier Jahren Zuchthaus, sowie mit Einstellung in der bürgerlichen Ehrenfähigkeit auf bestimmte oder unbestimmte Zeit geahndet werden sollen. Hätte der Gesetzgeber gewollt, daß diese Strafen durch den peinlichen Richter ausgesprochen werden sollen, so hätte er der Einstellung in der bürgerlichen Ehrenfähigkeit keine besondere Erwähnung gethan, weil eine jede peinliche Strafe von selbst den Verlust (und nicht bloß die Einstellung) der bürgerlichen Ehrenfähigkeit nach sich zieht. Selbst die Größe des gestifteten Schadens bildet, wie bemerkt, nur ein Moment, welches auf die Strafausmessung Einfluß hat, keineswegs aber auf den Gerichtsstand, und es ist die analoge Anwendung des Diebstahlsgesetzes auf Betrugsfälle überhaupt und speziell auf die durch das Gesetz von 1848 vorgesehenen nicht zulässig. Aus diesem Grunde sind denn auch seit Einführung des gegenwärtigen Strafverfahrens die unter das

Digitized by Google

Gesetz vom 26. Mai 1848 fallenden Handlungen jederzeit korrektionell behandelt worden, und der Unterzeichnete hat durchaus keinen Grund, diese Praxis zu bereuen.

Uebrigens ist es nicht einmal richtig, daß alle Betrugsfälle ohne Ausnahme bloß korrektionell beurtheilt werden. Wir verweisen in dieser Beziehung auf den hienach unter Ziff. 5 erwähnten Fall, welcher in Abwesenheit des Unterzeichneten an die Assisen gewiesen, allein gleichwohl und obschon die Angeschuldigte sich als eine gewerbsmäßige, schon oft bestrafte Betrügerin darstellte, von den Assisen bloß korrektionell bestraft wurde, woraus hervorzugehen scheint, daß die Assisen ebenfalls Betrugsfälle in der Regel als Vergehen und nicht als Verbrechen betrachten.

Die Behauptung, die Anklagekammer mache zu oft von ihrer Korrektionalisirungsbefugniß Gebrauch, war am wenigsten von der Seite zu erwarten, von welcher sie kömmt, da gerade die Assisen in peinlichen Straffällen häufig bloß korrektionelle Strafen aussprechen, obschon ihnen eine Korrektionalisirungsbefugniß, wie sie die Anklagekammer besitzt, nirgends eingeräumt ist. Aus den Jahresberichten des Generalprokurators geht deutlich hervor, daß dieses Korrektionalisiren bei den Assisen von Jahr zu Jahr überhand nimmt. So wurden im Jahr 1864 109 Personen peinlich, 109 korrektionell und 5 polizeilich verurtheilt. Es ergibt sich somit, daß im Jahr 1864 von den Assisen eine weit größere Zahl von Personen, welche ihnen überwiesen worden, korrektionell oder polizeirichterlich beurtheilt wurden, als die Zahl derjenigen beträgt, welche von der Anklagekammer nach Art. 256 St. B. zweites Alinea korrektionalisirt wurden.

Wie die Assisen dazu kommen, so viele peinliche Fälle bloß korrektionell zu beurtheilen, ist dem Unterzeichneten nicht klar. Fast könnte man daraus folgern, die Anklagekammer habe, wenigstens nach der Ansicht der Assisen, eher zu viel als zu wenig Fälle denselben überwiesen.

Wahrscheinlich wird das Recht, an sich peinliche und als solche von der Anklagekammer den Assisen überwiesene Fälle bloß korrektionell oder gar polizeirichterlich zu beurtheilen, hergeleitet einerseits aus dem Strafmilderungsgesetze vom 27. Januar 1800 und demjenigen vom 27. Juni 1803, welche die in dem peinlichen Gesetzbuch angedrohten Strafen bloß als Maximum erklären und dem Gerichte gestatten, bei mildernden Umständen die Strafe bis auf den vierten Theil herabzusetzen und (bei obwaltenden stärkern Milderungsgründen) die in dem Gesetz bestimmte höhere Strafart umzuwandeln, in der Weise, daß Kettenstrafe in Zuchthaus oder in

Digitized by Google

Landesverweisung und diese in bloße Einschließung oder in Eingrenzung oder Leistung gemildert werden kann.

Es ist nun vorerst mit diesen Milderungsgründen eine eigene Sache, besonders da die Geschwornen dieselben nicht anzugeben brauchen, was nothwendig zur Folge hat, daß an die Stelle eigentlicher Milderungsgründe ein unbestimmtes Gefühl der Humanität tritt, so daß je nachdem die Geschwornen mehr zur Strenge oder mehr zur Milde geneigt sind, Milderungsgründe angenommen oder verworfen werden. Es ist klar, daß auf diese Weise eine gleichmäßige Rechtsprechung nicht gefördert wird, indem in dem einen Fall der Angeschuldigte peinlich und im andern Fall bloß korrektionell beurtheilt wird. Im alten Strafverfahren hatte man wenigstens die Garantie, daß nach Vorschrift des Art. 3 des Gesetzes vom 27. Januar 1800 die Milderungsgründe in dem Strafurtheile bestimmt angegeben werden mußten.

Uebrigens ist dem Gerichte weder in den angeführten Strafmilderungsgesetzen noch im Strafverfahren die Befugniß gegeben, bei Annahme von Milderungsgründen einen an sich zur peinlichen Beurtheilung geeigneten Fall bloß korrektionell zu beurtheilen. Gleichwohl will der Unterzeichnete nicht bestreiten, daß es Fälle geben kann, in welchen die Kriminalkammer genöthigt ist, eine bloß korrektionelle Strafe auszusprechen. So z. B. wenn der Angeschuldigte eines andern und geringern Vergehens schuldig erklärt wird, als dessen, wegen welches er überwiesen worden, oder wenn die Zurechnungsfähigkeit des Angeklagten zweifelhaft oder vermindert ist, wie bei jugendlichen Verbrechern u. s. w. Immerhin sollte aber von dieser Befugniß nur ausnahmsweise in ganz besondern Fällen und nicht „in so wucherischer Weise“ (um mich des Ausdrucks des Herrn Assisenpräsidenten zu bedienen) Gebrauch gemacht werden, wie es geschieht. Denn auf diese Weise wird der Unterschied zwischen Verbrechen und Vergehen ganz verwischt, wozu ohnehin schon (was wir nicht in Abrede stellen wollen) die Korrektionalisirungsbefugniß der Anklagekammer beiträgt.

Ein anderes Mittel, einem Verbrechen den peinlichen Charakter zu benehmen und eine bloß korrektionelle Beurtheilung herbeizuführen, liegt in der Fragestellung an die Geschwornen. Nach Art. 427 St. V. soll die Hauptfrage einfach dahin lauten: „Ist „der Angeklagte schuldig, die oder jene strafbare Handlung unter „den oder jenen Umständen, wie sie die Anklagsakte anführt, verübt „zu haben?“ Nun geschieht es aber nicht selten, daß der Assisenpräsident weitere Fragen stellt und zwar hin und wieder solche, welche nach hierseitiger Ansicht besser unterblieben wären.

Digitized by Google

Namentlich geschieht dieß bei groben Mißhandlungen, welche den Tod des Verletzten zur Folge gehabt, und zwar selbst in Fällen, wo sich der Thäter eines mörderischen Instruments, wie z. B. eines Messers, bedient hat.

Fast in allen derartigen Fällen, wenigstens in jüngster Zeit, stellte der Herr Assisenpräsident die Frage: „Ist nach der Art des „fraglichen Messerstichs anzunehmen, daß dem Angeklagten als „wahrscheinlich erschienen, es werde nur eine geringfügige Verletzung „daraus entstehen, so daß also die eingetretene schlimmere Ver„letzung mehr einem nicht voraussichtlich gewesenen Zufall, als der „Handlung des Angeklagten beizumessen ist?"

Wir können uns mit dieser Fragestellung unmöglich einverstanden erklären. Denn wenn Jemand von dem Messer Gebrauch macht, so muß er sich nothwendig sagen, daß er seinem Gegner eine Verletzung beifügen könne, welche dessen Leben gefährden kann, und unmöglich kann er sich darauf berufen, daß er nur eine geringe Verletzung für wahrscheinlich gehalten.

Durch dergleichen künstliche Fragen werden die Geschwornen leicht zu irrigen Wahrsprüchen veranlaßt.

Wir fügen zum Schlusse beispielsweise einige in jüngster Zeit durch die Assisen beurtheilte Fälle bei, welche sich nach hierseitiger Ansicht zu Verbrechen zu eignen schienen, allein gleichwohl aus hierseits unbekannten Gründen bloß korrektionell beurtheilt wurden.

| Namen. | Wahrspruch. | Urtheil. |
|---|---|---|
| 1. Zurbrügg, Christian, v. Frutigen. | Körperverletzung mittelst Messerstichs, welche den Tod des Verletzten zur Folge hatte. Mildernde Umstände. | 15 Monate Einsperrung. |
| 2. Sohm geb. Ledermann, Maria, von Ursenbach, und Sohm, Jakob, Ehemann der obigen. | Unterschlagung im Werth von mehr als Fr. 100 a. W. Mildernde Umstände. | 8 Monate Einsperrung. |
| | Begünstigung obiger Unterschlagung. Ohne mildernde Umstände. | 5 Monate Einsperrung. |
| 3. Massimo, Girolla, von Sianbera, Kts. Tessin. | Körperverletzung mittelst Messerstichs, welche den Tod des Verletzten zur Folge hatte, ohne Nothwehr, hingegen im gereizten Zustande begangen. Mildernde Umstände. | 21 Monate Einsperrung. |
| 4. Häfeli geb. Zimmermann, Anna, von Seengen, Kts. Aargau. | Unterschlagung von über Fr. 3000, begangen theilweise mittelst Ausstellung einer falschen Quittung. Mildernde Umstände. | 10 Monate Einsperrung. |

Digitized by Google

| Namen. | Wahrspruch. | Urtheil. |
|---|---|---|
| 5. Marti geb. Fankhauser, Maria, von Kallnach (bereits 11 Mal bestraft). | Betrug im Werth von circa Fr. 400. Mildernde Umstände. | 10 Monate Einsperrung. |
| 6. Schmied, Jakob, von Affoltern. | Unterschlagung im Werth von circa Fr. 600. Mildernde Umstände. | 8 Monate Einsperrung. |
| 7. Eberhard, Christian, von Münchenbuchsee. | Mißhandlung, welche einen Beinbruch und mehr als 40 Tage Arbeitsunfähigkeit zur Folge hatte. Mildernde Umstände. | 9 Monate Einsperrung. |
| 8. Hunziker, Melchior, von Staffelbach, Kts. Aargau. | Versuch Nothzucht. Mildernde Umstände. | 3 Monate Einsperrung. |
| 9. Spieler, Johann, von Merligen. | Mißhandlung, welche einen Armbruch zur Folge hatte. Mildernde Umstände. | 6 Monate Einsperrung. |
| 10. Wäfler, Anton, von Frutigen. | Körperverletzung, welche den Tod des Verletzten zur Folge hatte. Mildernde Umstände. | 4 Monate Einsperrung. |
| 11. Kuchen, Johann Jakob, von Lyß. | Körperverletzung, welche den Tod des Verletzten zur Folge hatte. Mildernde Umstände. | 30 Monate Einsperrung. |

Welche Gründe die Kriminalkammer bewogen, diese nach unsern dermaligen Strafgesetzen unzweifelhaft zu Verbrechen sich eignenden strafbaren Handlungen mit bloß korrektionellen Strafen zu belegen, ist dem Unterzeichneten zwar nicht bekannt. Aus dem fraglichen Aufsatze geht indeß entschieden die Ansicht des Herrn Assisenpräsidenten hervor, es werden durch unsere gegenwärtige Gesetzgebung viel zu viel Delikte zu Verbrechen gestempelt und mit peinlichen, den Verlust der Ehrenfähigkeit nach sich ziehenden, Strafen bedroht. Es liegt daher nahe, daß bis dahin manche Fälle bloß deßhalb korrektionell bestraft worden, um nicht genöthiget zu sein, die Betreffenden ihrer Ehrenrechte zu berauben. Wenn wir auch zugeben, daß in unserer gegenwärtigen Strafgesetzgebung allzu viele Delikte mit peinlichen Strafen bedroht sind, so will es uns gleichwohl nicht recht einleuchten, daß die Kriminalkammer sich gleichsam zum Gesetzgeber aufwirft, indem sie offenbar peinliche Fälle mit korrektionellen Strafen belegt. Der Unterzeichnete ist weit entfernt dießorts irgend einen Tadel auszusprechen. Ohne Zweifel handelte die Kriminalkammer nach bestem Wissen und Gewissen. Allein das Gleiche gilt von der Anklagekammer für diejenigen Fälle, welche sie zu korrektionalisiren angemessen erachtet, und zwar

Digitized by Google

um so mehr, als ihr die Korrektionalisirungsbefugniß durch ein ausdrückliches Gesetz eingeräumt ist.

Hermann, Generalprokurator.

---

## Berichtigung.

Die „Entgegnung" des Herrn Staatsanwalt Thurneysen in Basel nöthigt uns zu einer Berichtigung.

1) Vorerst wird behauptet, der Staatsanwalt sei (bei Requisitionen auswärtiger Behörden) nach der Stadt-Basler'schen Strafprozeßordnung nicht verpflichtet, sondern nur berechtigt, die Mitwirkung des Untersuchungsrichters oder der Polizeidirektion soweit in Anspruch zu nehmen, als er es nach den Umständen für dienlich erachtet. In Basel gebe Niemand dem erwähnten Paragraphen eine andere Auslegung.

Die Redaktion hat bereits in einer Note beigefügt: „daß man „ihr indeß außerhalb Basel's eine andere gab, scheint uns, Ange„sichts des Wortlauts des Gesetzes, mindestens verzeih„lich."

Wir gehen noch weiter, indem wir behaupten, man müsse der betreffenden Gesetzesbestimmung geradezu Gewalt anthun, um ihr den Sinn beizulegen, den der Herr Staatsanwalt von Basel darin finden will.

Der § 3 der Strafprozeßordnung zählt nämlich die Amtsverrichtungen des Staatsanwalts auf, und unter diesen erscheint unter litt. g auch diejenige: „die Requisitionen auswärtiger Be„hörden in Strafsachen nach Maßgabe bestehender Verträge und „Uebung unter Mitwirkung der Untersuchungsrichter und der Po„lizeidirektion zu erledigen."

Nirgends ist auch nur mit einem Worte angedeutet, daß es in das Ermessen des Staatsanwalts gestellt sei, die Mitwirkung des Untersuchungsrichters oder der Polizeidirektion in Anspruch zu nehmen oder nicht. Daß man in Basel die Sache so auslegt, mag sein, allein es ist diese Auslegung nach dem Wortlaute des Gesetzes schwer zu rechtfertigen, und war jedenfalls für die bernischen Behörden im vorliegenden Falle nicht maßgebend.

2) Unrichtig ist ferner, daß wir den § 56 der Strafprozeßordnung von Baselstadt nicht citirt haben, wonach die Beiziehung eines Aktuars der Regel nach nicht nothwendig ist, wohl aber der Untersuchungsrichter ausnahmsweise einen Aktuar beiziehen kann, wenn es der Förderung der Sache dient. Wenn der Herr

Digitized by Google

Staatsanwalt unsern Antrag (Seite 317 oben) nochmals durchzusehen beliebt, so wird er finden, daß wir den § 56 angeführt haben.

3) Nach dem Schlußsatz der Entgegnung sollte man glauben, der Generalprokurator sei Schuld, daß die „widerrechtlich eingeleitete Untersuchung" gegen Emanuel Braunschweig wegen Meineid angehoben worden sei. Dieß ist wiederum unrichtig. Nachdem Braunschweig vor den Assisen den Eid geleistet hatte, wurde er sofort in Haft gesetzt, und durch den Untersuchungsrichter von Biel eine Untersuchung gegen ihn angehoben, ohne daß der Generalprokurator etwas davon wußte. Die Verhaftung geschah zufolge Beschlusses der Kriminalkammer, und wenn die Bestimmungen des Bundesgesetzes vom 24. Juli 1852 nicht beobachtet wurden, so trifft dieser Vorwurf wiederum nicht den Generalprokurator. Uebrigens scheint es uns noch jetzt (und ungeachtet des entgegengesetzten Entscheides des Bundesrathes) zweifelhaft, ob die bezüglichen Vorschriften des Bundesgesetzes vom 24. Juli 1852 auch dann Anwendung finden, wenn ein Zeuge bei Begehung eines Verbrechens auf frischer That ergriffen wird.

Die Aufhebung der Untersuchung gegen Braunschweig glauben wir durch unsern Antrag genügend motivirt zu haben. Denn wir behaupten noch jetzt, daß die Abhörung des Braunschweig in Basel, welcher gegenüber der nämliche Zeuge vor den Assisen in Biel falsch ausgesagt haben soll, nicht unter strenger Beobachtung aller durch die Basler Strafprozeßordnung vorgeschriebenen Formen erfolgt sei. Uebrigens war dieser Grund nicht der einzige, ja nicht einmal der hauptsächlichste, weßhalb die Untersuchung gegen Braunschweig aufgehoben wurde.

Bern, den 7. April 1865.

Hermann, Generalprokurator.

Wir erklären hiermit die Diskussion über den Braunschweig'schen Fall für geschlossen. Die Redaktion.

---

# Literatur.

---

Dr. **J. J. Gundermann**, englisches Privatrecht Bd. I: Besitz und Eigenthum in England. Tübingen, Laupp'sche Buchhandlung. 1864.

Durch das große Werk von Gneist über das englische Verfassungs- und Verwaltungsrecht ist das Interesse an den englischen

Digitized by Google

Institutionen lebhafter als je angeregt worden, freilich in ganz anderem Sinne und mit viel tieferem Verständniß, als sie den Politikern aus der Schule Montesquieu's und De Lolme's eigen waren. Was diese „Anglomanen" als Ideal freier Institutionen betrachteten und wofür sie sich auf England als praktisches Beispiel beriefen, war ein ganz anderes Ding, als die wirklichen Zustände in diesem Lande; in der Einsicht, wie sie uns Gneist speziell mit Beziehung auf das öffentliche Recht Englands eröffnet hat, lassen sich die Züge des Bildes, welches man uns früher davon entwarf, kaum mehr wiedererkennen. Das vorliegende Werk von Gundermann — eines der gründlichsten Kenner des englischen Rechts, der schon für seine früheren Schriften über das englische Geschwornenverfahren verdiente Anerkennung geerndtet hat — unternimmt es, unsere Kenntniß der Institutionen Englands nach einer anderen Seite hin, in Beziehung auf das Privatrecht, zu erweitern und aufzuklären, und er hat, nach einer Einleitung über die Quellen des englischen Rechtes, mit der schwierigsten und unseren Rechtsanschauungen fremdartigsten Parthie desselben, mit „Besitz und Eigenthum" begonnen. Es bedarf auch an seiner Hand eines eigentlichen Studiums, sich in diese so ganz originellen Begriffe hineinzuarbeiten, und es brauchte den Fleiß und kosmopolitischen Gesichtskreis eines deutschen Gelehrten dazu, um sich mit solcher Gründlichkeit eines Stoffes zu bemeistern, aus dem, wenn wir uns nicht sehr täuschen, unsere kontinentalen Gesetzgebungen äußerst wenig Belehrung oder Anregung schöpfen werden. Von einer auch nur analogen Uebertragung der englischen Rechtsbegriffe in den Lehren von Besitz und Eigenthum auf den Kontinent kann kaum die Rede sein; das Interesse daran ist theils ein rein wissenschaftliches, theils fällt es zusammen mit dem Interesse an dem öffentlichen Recht Englands, welches mit den Eigenthumsverhältnissen an Grund und Boden in vielfachen innigen Beziehungen steht. Wir können in England geschichtlich eine Rechtsentwicklung verfolgen, welche auf dem Kontinent fast überall durch den dominirenden Einfluß des römischen Rechts unterbrochen worden ist. Allerdings ist auch auf das Inselreich das römische Recht eingedrungen, aber es ist ihm nie die Bedeutung eines gesetzlichen Rechts eingeräumt worden und die germanischen Rechtsinstitutionen haben sich in Folge dessen weit mehr von innen heraus ausgebildet und in viel reinerer Gestalt erhalten, als auf dem Kontinent. Wer sich mit rechtsgeschichtlichen Studien befaßt, dem werden daher durch die nähere Bekanntschaft mit dem englischen Recht unsere eigenen mittelalterlichen Rechtsinstitutionen gleichsam in die unmittelbare Nähe der

Digitized by Google

Anschauung gerückt; von römischen Begriffen hat das englische Recht nur so viel in sich aufgenommen, als mit dem Kern der germanischen Rechtsinstitutionen verträglich erschien. — Im Einzelnen auf das Werk von Gundermann einzugehen, ist an diesem Orte nicht möglich; wir begnügen uns mit der allgemeinen Bemerkung, daß, wenn uns bei Durchgehung desselben auch hier und da der Wunsch aufstieg, daß der Verfasser einige Bausteine mehr zu der Brücke herbeigetragen haben möchte, welche uns aus dem eigenthümlichen Rechtsleben Englands auf die uns gewohnte Straße überführen soll, doch das Ganze eine so gediegene, so sorgfältig und klar durchgearbeitete Darstellung eines bis jetzt in ähnlicher Weise in deutscher Sprache nicht behandelten Gegenstandes ist, daß wir das Buch als eine sehr werthvolle Bereicherung unserer juristischen Literatur ansehen. 11.

---

# Notizen.

Die dießjährige Versammlung des **schweizerischen Juristenvereins** findet in Bern statt; als Verhandlungsgegenstand hat das Centralkomite die Vorrechte im Konkurs bezeichnet, insbesondere die Beantwortung folgender Fragen:

„1) Welches sind die in den einzelnen Kantonen nach Gesetz oder Konkordat bestehenden Vorrechte im Konkurs (mit Ausschluß der vertragsmäßigen Hypotheken)? — 2) Welche der bestehenden Konkursvorrechte lassen sich vom Standpunkte der Gesetzgebungspolitik aus rechtfertigen, welche nicht? — 3) Ist eine Einheit des schweizerischen Rechts in dieser Materie wünschbar und auf welchem Wege und in wie weit ist dieselbe bei den bestehenden Bundesverhältnissen erreichbar?"

Man hat, wie früher, sich bestrebt, aus jedem Kanton ein Spezialreferat über diese Fragen zu erlangen; auf Grundlage dieser Referate bearbeitet Professor Dr. Heusler, Sohn, in Basel (der bereits im VIII. Band der Zeitschrift für schweizerisches Recht eine Abhandlung „über die Bildung des Konkursprozesses nach schweizerischen Rechten" veröffentlicht hat) das Gesammtreferat, welches, wo möglich, vor dem Zusammentritt des Vereins gedruckt und ausgetheilt werden soll.

Wir benutzen den Anlaß, um den Lesern unserer Zeitschrift den Eintritt in diesen Verein auf's Wärmste anzuempfehlen; um aufgenommen zu werden, hat man sich bei einem Mitglied des Vorstandes anzumelden, welcher dermal besteht aus den Herren Professor Dr. Munzinger, Präsident; Fürsprech K. G. König; Professor G. Vogt (diese drei in Bern); Nationalrath G. Jäger in Brugg und X. Gottofrey, gewesener Appellationsrichter in Lausanne. — Das Eintrittsgeld beträgt 5, das jährliche Unterhaltungsgeld 2 Fr.

— Die dießjährige Hauptversammlung des **bernischen Juristenvereins** ist auf Samstag den 27. Mai in Biel festgesetzt.

---

Druck von Rieder & Simmen in Bern.

Digitized by Google

# Zeitschrift

des

# Bernischen Juristen-Vereins.

**Band I.** **Nr. 12.**

1. Juni 1865.



**Inhalt:** Blösch, über die Bedeutung des Wortes „Wunn", S. 389 — Fälle aus dem Wechselrecht IV, S. 395. — Rechtsprechung in Civilsachen: Uebersicht für Bern, März 1865, S. 401; ausführlichere Mittheilungen, Bern, alter Kanton, S. 405, Jura, S. 410. — Moser, Sicherheitsleistung für provisorische Freilassung, S. 416.


## Ueber die Bedeutung des Wortes „Wunn"


von Dr. Eduard Blösch, Vater.


(Vorgetragen in der historischen Gesellschaft des Kantons Bern, im Februar 1865.)

Ueber die Bedeutung des Wortes „Wunn" besteht seit Langem Streit, sowohl unter den Sprachkundigen, als unter den Juristen, und doch hat die Frage nicht bloß wissenschaftliches, sondern, namentlich im Kanton Bern, auch praktisches Interesse. Eine Lösung derselben sollte daher wohl zu finden sein, und gesucht kann sie werden auf zwei Wegen:

1. Auf dem sprachlichen oder etymologischen,
2. Auf dem rechtshistorischen.

### a. Etymologische Erklärung.

Auch auf dem sprachlichen Gebiete ist der Sinn des Ausdrucks „Wunn" sehr bestritten, und zwar hauptsächlich aus zwei Gründen.

Einmal liegen zwei Ausdrücke: „Wunn" oder „Winn" und „Wonne" vor, die eine verschiedene Bedeutung haben, aber weder in den streitigen Sprachdenkmälern gehörig unter-




Digitized by Google

schieden sind, noch von den Streitenden genugsam unterschieden werden.

Zweitens haben vielfach örtliche oder provinzielle Verhältnisse auf den Gebrauch der beiden Ausdrücke eingewirkt.

Zur Bestimmung des sprachlichen Sinnes des Wortes „Wunn" sind vor Allem die Glossarien zu berathen. Aber diese Quelle vermehrt die Verlegenheit fast mehr, als sie dieselbe lösen hilft, weil auch in den Glossarien zwischen den beiden Ausdrücken „Wunn" und „Wonne" nicht genugsam unterschieden ist, obschon sie darin als verschieden aufgefaßt und dargestellt sind.

Ducange gibt weder über „Wonne" noch über „Wunn" oder „Winn" Auskunft, was erklärlich, da derselbe ein Glossarium über die ältere, oder vielmehr mittelalterliche lateinische Sprache ist, Wunn also nur darin vorkommen könnte als Uebersetzung des entsprechenden lateinischen Ausdrucks.

Hauptquellen dagegen sind Haltaus und Scherz, und diese geben folgende Erklärungen:

über „Wonne".

Haltaus: „delectatio — voluptas — gaudium delicatum; daher bildlich und auf landwirthschaftliche Verhältnisse angewendet: loca amoena, oculis animoque delectabilia et undique ridentia, præcipue *loca graminosa*, *prata*, eorumque gratia et gloriosa; wo alles grünet, blühet und lacht."

Hiemit übereinstimmend, und zwar in der Weise, daß nicht zu verkennen ist, daß Einer den Andern ausgeschrieben hat:

Scherz: „Wonne, gaudium."

dann:

„loca amoena, oculis animoque delectabilia, et undiquaque ridentia, præsertim graminosa, *prata* eorumque gratia et gloria, wo alles grüinet, blüihet und lacht,"

Scherz schließt mit dem eigenen Urtheile:

« In hoc fluctuanti vocis usu videtur Wonne restringendum ad *prata*, quæ deserta demum patent pecori et hactenus etiam merito diversa sunt a pascuis communibus. »

Digitized by Google

„Es sind also" — ist deutsch beigefügt — „Wiesen' die eine gewisse Zeit geschlossen sind, die aber, wenn sie zum Heu oder Grummet gemacht, zur Hut und Trifft offen bleiben,"

also Herstweiden.

Andere, — worunter, wenn ich nicht irre, Staatsschreiber von Stürler — verstehen — übereinstimmend mit der allgemeinen Auffassung Scherzens, aber in diametralem Widerspruch mit dessen Schlußsatz — unter „Wonne" und unter „Wunn", das sie für synonym halten, das Recht, dem Heuet oder Emdet vorhergehend, von einer Wiese oder Matte den ersten Grasraub zu nehmen, also das hie und da allerdings vorkommende Recht der „ersten Blume."

Dagegen wieder, ganz abweichend:

Anton, in seiner „Geschichte der deutschen Landwirthschaft".

„Wunn" bedeute die Weide auf Brachfeldern, Heiden, Straßen, Wegen u. s. w., wobei die « delectatio » und « voluptas » und das « gaudium delicatum » von Haltaus in die Brüche geht.

Auch

Adelung, in seinem „Wörterbuche der hochdeutschen Mundart", sagt, Wonne bezeichne Freude, Vergnügen, und besonders einen hohen Grad derselben. Aber, obschon er sogar beifügt, früher habe Wonne „Wunn" oder „Wuna" gelautet, unterscheidet er dasselbe doch von dem nachfolgenden „Winn" und „Wunn."

Adelung hält Wonne seiner Wurzel nach für verwandt mit den möso-gothischen Ausdrücken: „Wän" (schön) — „Wen" (ein Freund) — „Wen" (eine Geliebte) — vielleicht sogar mit « Venus »; bemerkt aber ausdrücklich, nicht nur habe man das Wort „Wun" (als Stammwort von Wonne) veralten lassen; sondern es verbinde sich eigentlich kein Hauptbegriff mehr damit; die Wurzel sogar sei in keiner Ableitug im Deutschen mehr vorhanden.

Etwas befriedigender und sicherer lauten die Urtheile über die Ausdrücke:

Digitized by Google

„Wunn“ oder „Wunne.“

Scherz erklärt dieselben im Allgemeinen durch «possessio usufructuaria», — führt als Belege den Satz an: „den Wunn an einer Sache haben“, und bezeichnet das Zeitwort „Winnen“ als gleichbedeutend mit dem lateinischen «acquirere, consequi, lucrari» — deutsch: „Gewinnen“.

Der Gleiche übersetzt „Wunn“ — dasselbe für synonym mit Wonne haltend, — unter Bezugnahme auf die Erklärung des letzteren Ausdrucks, als «delectatio» oder «voluptas» — durch:

„*pascua*“ indem er beifügt: «*quasi delectatio pecoris in pascuo*»,

auch durch:

«*praedium*» — „Gut, Landgut.“

Haltaus — hier wieder Quelle oder Abschreiber von Scherz — sagt ebenfalls: „Wunn“ bedeute im Allgemeinen eine «*possessio usufructuaria*», fügt dann aber bei:

«*de elocutione agri vel praedii*»;

scheint also dem Ausdruck die sehr beschränkte Beziehung bloß auf Aecker und Matten beizulegen, während er selber unmittelbar darauf Beispiele anführt, in denen „Wunn“ einen viel allgemeinern Sinn hat. So eine Urkunde von 1591:

„Dieweilen Joh. Hercks Vater und Mutter iezo noch das Erbe besitzen und die Zeit ihres Lebens daran den Wunn haben“ u. s. w., wo offenbar Wunn gleichbedeutend ist mit Nießbrauch oder dem bernischen „Schleiß“.

Dabei bemerkt Haltaus, der Sinn von „Wunn“, wie von „Wonne“, die er überhaupt nicht scharf unterscheidet, sei, besonders in seiner Anwendung auf landwirthschaftliche Verhältnisse, sehr unsicher und zweifelhaft, und zu läugnen ist nicht, daß er ein Beispiel anführt, in welchem das Wort „Wunn“ im Sinne von delectatio oder voluptas gebraucht ist.

Er citirt nämlich aus einem Liede: „von der alten Ee“ zwei Verse. Der erste läßt Adam auftreten und lautet:

Digitized by Google

„Do Adam die Wunnen ansach;
Ein Wort er fröhlichen sprach:
Ich han hye Freyd und wunn,
vnd lawcht auch als dy Sunn."

worauf Eva antwortet:

„Hye staet graspluemen und der cle,
Schöner Wunn mein Aug nye sach."

Hier ist allerdings der Sinn von «delectatio» oder «voluptas» unverkennbar, und die Stelle verdient um so mehr Beachtung, weil der Dichter den Ausdruck „Wunn", nicht „Wonne" gebraucht hat, wobei es sich freilich fragen läßt, ob dieß nicht bloß geschehen sei des Reims wegen mit der Endsilbe „Sunn".

Umgekehrt fehlt es nicht an Beispielen, in denen, vorausgesetzt, daß die Bedeutung beider Ausdrücke verschieden sei, „Wonne" für „Wunne" steht. So in einer Urkunde von 1538, wo es heißt:

„Das Gutt vnd Forbergk... mit Wasser, Wasserleüffen, Wonnen, Weyden, u. s. w."

Selbst „Wanne", sagt Haltaus, kommt vor.

Adelung behandelt den Ausdruck „Wunn" nicht besonders; dagegen sagt er ausdrücklich, „Winnen" sei das für sich allein veraltete, jedoch im Niederdeutschen noch übliche, Stammwort für „Gewinnen", und dessen Sinn, durch Arbeit hervorbringen, erlangen, sich verschaffen" daher „Heu gewinnen" — „Getreide, Kohlen, Erze gewinnen". Verwandt damit sei das schwedische „Winna" — „Inna"*) und das französische «*Vain*», jetzt «*gain*».

So läßt die etymologische Erklärung und lassen die Glossarien, wenigstens die zu Gebote gestandenen — (ein altfranzösisches bietet kein Licht) — ohne befriedigende Lösung, und nur das ergibt sich, hierseitiger Ueberzeugung nach, aus allem Angeführten klar:

*) Innung?

Digitized by Google

1) Daß die Ausdrücke „Wunn“ oder „Wun“ und „Wonne“, zwei ihrer Wurzel und ihrer Bedeutung nach verschiedene Wörter sind:

„Wonne“, das noch jetzt übliche, entsprechend dem lateinischen gaudium, voluptas.

und

„Wunn“, „Wun“ oder „Winn“ — mit der allgemeinen Bedeutung einer Nutzung, und herstammend von Winnen, — gewinnen.

2) Daß in den älteren Urkunden die beiden Ausdrücke nicht genugsam unterschieden sind, daß öfter Wonne für Wunn, vielleicht auch hie und da — wie in dem citirten Liede — Wunn für Wonne steht, und daß daher:

3) Zwar im Allgemeinen beide Ausdrücke leicht zu unterscheiden sind, in einzelnen Fällen jedoch die Frage, welcher von beiden gemeint, und welches der Sinn des wirklich gebrauchten sei, um so schwerer zu beantworten ist, weil auch da, wo es unzweifelhaft, daß von „Wunn“ und nicht von „Wonne“ die Rede, es hingegen sehr unsicher ist, was der richtige Sinn von „Wunn“, im Gegensatze von „Wonne“ sei.

„Wunn“ in's besondere.

Nach unserer Ueberzeugung ist die etymologische Erklärung des Ausdrucks „Wunn“ nicht zweifelhaft, wenigstens in seinem Gebrauche im Kanton Bern, denn das Stammwort, von welchem derselbe abzuleiten ist, befindet sich noch im Gebrauche.

„Wunn“ kommt von winnen, gewinnen. Darüber herrscht, glauben wir, Einverständniß. Ebenso darüber, daß der Ausdruck seinem ursprünglichen Sinne nach gleichbedeutend ist mit sammeln, ernten, nutzen.

In diesem Sinne kommt der Ausdruck im Mittellande noch häufig vor. Um Burgdorf ist er sogar der allgemein übliche. Hier sagt jedermann für Kirschen sammeln oder Kirschen brechen, „Chirsi gwinne“, und für das Sammeln von Erd- oder anderen Beeren: „Beeri gwinne.“

Der Infinitiv ist demnach im Landesdialekt „Gwinne,“

Digitized by Google

das Participium, „gwunne“, das Substantivum „Gwinn“, „Wunn“ *)

Selbst in Ortsnamen ist der Ausdruck zu erkennen. So in Wynau, offenbar, wie die Lage der Ortschaft beim ersten Blicke erkennen läßt, früherer Aargrund, also Wyn-Au: die der Aare abgewonnene Au.

Damit stimmt die Erklärung von Scherz überein, der ausdrücklich „Winnen“ mit «*acquirere*», «*consequi*», «*lucrari*» übersetzt und das deutsche „Gewinnen“ beifügt.

Allein welches ist die wahre und eigentliche Bedeutung des Ausdrucks „Wunn“?

(Fortsetzung folgt.)

---

# Fälle aus dem Wechselrecht.

Von Gerichtspräsident Ritter in Biel.

## IV. Verfalltag und Zahlungstag (§ 45 W. O.).

**Ein Wechsel, der auf einen Sonn- oder Festtag verfällt, kann auch noch am zweiten darauffolgenden Werktage, also der auf einen Sonntag verfallende noch am nächstfolgenden Dienstag, gültig protestirt werden.**

Judicat vom 2. Dezember 1864; Berner-Handelsbank gegen Feller.

Unterm 25. April 1864 stellten die Herren Chamecin & Fontaine in Salins folgenden Wechsel aus:

Au trente-un Juillet prochain nous payerons au domicile ci-bas à l'ordre de Monsieur Fréd. Feller la somme de quinze-cents francs, valeur en marchandises chez Messieurs de Speyr & C^ie^.

Bâle.

Hr. Feller indossirte diesen Wechsel an die Berner-Handelsbank und es gelangte derselbe infolge verschiedener anderer Indossamente an die schweizerische Centralbahngesellschaft in Basel. Einer

*) Das Wegfallen der Vorsilbe: „Ge“ im Substantivum hat im Bernerdialekt nichts Auffallendes. Ganz ähnlich lautet, vom Zeitwort „Weben“ der Infinitiv: „Webe“, das Participium „gwobe“, das Substantivum: „Wub“.

Digitized by Google

der Indossanten hatte auf der Vorderseite beim Domiciliaten noch die Nothadresse beigefügt: „im Fall bei der Basler-Handelsbank".

Am Verfalltage wurde dieser Wechsel von den Herren von Speyr & Comp. nicht bezahlt, weil sie keinen Auftrag dazu erhalten hätten, und infolge dessen wurde am 2. August Protest erhoben. Sie erklärten aber sogleich nach der Protestaufnahme zu Gunsten der Berner-Handelsbank, des zweiten Indossanten, intervéniren und auf deren Rechnung Zahlung leisten zu wollen, was denn auch wirklich geschah. Der Protest aufnehmende Notar begab sich auch zu dem Nothadressaten, der Basler-Handelsbank, deren Direktor jedoch die Bezahlung aus dem Grunde verweigerte, weil er nicht sicher sei, daß ein am 31. Juli (Sonntag) verfallener und mithin den 1. August zahlbarer Wechsel am 2. August noch gültig protestirt werden könne, diese Frage vielmehr nach dem neuen Wechselgesetz zweifelhaft erscheine.

Die Berner-Handelsbank machte darauf ihre Regreßrechte gegenüber dem ersten Indossanten, Hrn. Feller, geltend. Auf die an ihn erlassene amtliche Aufforderung hin (§ 96 W. O.) deponirte derselbe den bestrittenen Wechselbetrag mit Zins, Provision und Kosten unter Nichtanerkennung des klägerischen Anspruches auf dem Richteramt. Der daraufhin gegen ihn angehobenen Wechselklage setzte er eine prozeßhindernde Einrede entgegen, sich darauf berufend, der Protest habe nach dem Wortlaute des § 45 W. O., weil der Verfalltag auf einen Sonntag gefallen, bloß am darauf folgenden Montag gültig erhoben werden können; im vorliegenden Fall habe die Protestaufnahme aber erst am nächsten Dienstag stattgefunden und infolge dessen sei die Klägerin ihrer Rückgriffsrechte verlustig.

Der Vizegerichtspräsident von Bern wies jedoch den Beklagten mit dem Schluß seiner uneinläßlichen Antwort ab und sprach das Klagsbegehren zu, und am 2. Dezember trat der Appellations- und Kassationshof mit 5 gegen 2 Stimmen dieser Anschauung bei, unter Annahme folgender Motive:

in Betrachtung,

1) daß dem Wechselinhaber oder dem Präsentanten eines Wechsels nach Maßgabe des § 45 der Wechselordnung in Verbindung mit den §§ 31 und 37 immer ein Tag Frist zur Protesterhebung eingeräumt ist;

2) daß sodann nach den Bestimmungen der §§ 31 und 37 der Wechselordnung die Sonn- und Feiertage nicht als Verfalltage zählen, sondern erst der nachfolgende Werktag als Zahlungstag gilt und daß zwischen Verfall- und Zahlungstag dem Sinne des Gesetzgebers nach kein Unterschied besteht;

Digitized by Google

3) daß eine Ausnahme von der allgemeinen Regel, daß dem Präsentanten eines Wechsels immer ein voller Tag zur Protesterhebung zustehen muß, falls der Wechsel nicht bezahlt wird, im Gesetze nirgends angemerkt, auch nirgends eine Verkürzung dieser Frist vorgeschrieben ist;

4) daß nun in Fällen, wo ein Wechsel an einem Sonntag verfällt, der Wechsel erst am Montag zahlbar ist, so daß der Gläubiger oder Wechselinhaber noch nicht Protest erheben muß, somit der Tag, der ihm zur Protesterhebung zusteht, sich auf den Dienstag erstreckt, indem sonst die in den §§ 31 und 37 der Wechselordnung vorgesehene Frist von einem Tage dem Wechselinhaber verkürzt würde;

5) daß somit im vorliegenden Falle die Protesterhebung rechtzeitig erfolgte.

Der Fall war auch im Sinne der beiden Entscheidungen von den Herren Dr. Heimlicher, Notar in Basel, und Dr. Munzinger, Professor in Bern, begutachtet worden. Sie führten darin im Wesentlichen aus:

„Bei dieser Streitfrage, sagt Herr Heimlicher, darf nicht einzig und allein der § 45 W. O. in's Auge gefaßt werden, indem nicht dieser, sondern der § 37 für den vorliegenden Fall entscheidend ist. Der § 45 will dem Inhaber eines Wechsels die Möglichkeit sichern, den Wechsel rechtzeitig zu protestiren, dadurch, daß der Protest nicht bloß am Verfalltage selbst, sondern auch noch am nächstfolgenden Werktage erhoben werden kann. Wenn nun ein Wechsel nach seinem Datum an einem Sonntage verfällt, so kann erst am darauffolgenden Werktage die Zahlung verlangt werden, und wenn man daher die Begünstigung, welche das Gesetz dem Inhaber hinsichtlich der Protesterhebung auch am folgenden Tage einräumt, auch in diesem Falle festhalten will, so muß nothwendig der Zahlungstag als der Verfalltag angesehen werden. Hierüber kann bloß deßhalb ein Zweifel herrschen, weil im § 37 der nächstfolgende Werktag nicht als Verfalltag, sondern als Zahlungstag bezeichnet ist. Es hat dieß offenbar seinen Grund darin, daß in § 31 erklärt ist, der Wechsel verfalle an dem darin bezeichneten Tage, und im § 38, daß keine Respekttage stattfinden. Infolge der letztern Bestimmung könnte man unmöglich erklären, daß ein Wechsel, der am 31. Juli verfalle, erst am 1. August verfallen sei, weil der 31. Juli ein Sonntag, und das Gesetz bestimmt deßhalb einfach, daß in einem derartigen Falle der auf den Verfalltag nächstfolgende Werktag der Verfalltag sei. Daß übrigens Zahlungstag und Verfalltag die gleiche Bedeutung haben, folgt zur Evidenz gerade aus dem § 31, in welchem erklärt ist, daß der

Digitized by Google

Wechsel an dem als Zahlungstag bezeichneten Tage verfalle. Aus diesem Grunde erblicke ich meinerseits in dem § 37 den Zahlungstag — hinsichtlich der Frage, wann Protest erhoben werden könne — als durchaus identisch mit dem Verfalltag, und wenn angenommen wird, daß in einem solchen Falle der nächstfolgende Werktag der wirkliche Verfalltag sei, so ist der auf den 31. Juli 1864 verfallene Wechsel auch noch am 2. August rechtsgültig protestirt worden."

Prof. Dr. Munzinger schließt sich in seinem Gutachten der Ansicht von Dr. Heimlicher ohne jedes Bedenken an und führt zur weitern Begründung derselben noch aus:

„Ich würde es für eine juristische Künstelei halten aus den zwei verschiedenen Ausdrücken der §§ 45 und 37: „Verfalltag" und „Zahlungstag" auch zwei verschiedene Begriffe ableiten zu wollen. Verfalltag und Zahlungstag sind durchaus eines und dasselbe und sind es also auch in § 37; ich glaube also, daß wenn ein Wechsel auf einen Sonn- oder Festtag verfällt, der nächstfolgende Werktag als Verfalltag zu betrachten ist.

„Wer diese Meinung nicht annehmen wollte, der müßte nachweisen, daß es möglich ist, zwischen Verfalltag und Zahlungstag reell zu unterscheiden. Dieser Nachweis ist, aber unmöglich; denn „Verfalltag" eines Wechsels bedeutet eben gar nichts anderes, als eben den Tag, an welchem ein Wechsel bezahlt werden muß, also Zahlungstag. Ein Verfalltag aber, an dem nicht bezahlt zu werden braucht, ist eben kein Verfalltag. Verfallen eines Wechsels ist der Eintritt des Zeitpunktes der Zahlung. Außerdem ist aber auch in dem Gesetze nicht der mindeste Anhaltspunkt dafür, daß der Gesetzgeber eine so subtile Unterscheidung, wie die zwischen Zahlungstag und Verfalltag machen wollte. Der Redaktor des schweizerischen Konkordatsentwurfes, Hr. Burkhardt-Fürstenberger, den der Verfasser auf diese Controverse aufmerksam machte, wunderte sich sehr, daß hierüber Zweifel entstehen konnten, und erklärte ausdrücklich, es sei unter „Zahlungstag" der Verfalltag gemeint.

„Abgesehen von allem Andern muß schon der Geist des Gesetzes zu unserer Interpretation hinführen; das Gesetz will dem Wechselinhaber zu dem so wichtigen Akte des Protestes zwei Tage einräumen; es können ja so viele Umstände vorliegen, die den Protest am ersten Tage unthunlich machen. Und wenn nun der Wechsel an einem Sonntag verfällt, soll da der Inhaber des Wechsels jenes Rechtes beraubt sein? Soll er da nur einen Tag zum Protest haben? Kann das verständiger Wille des Gesetzgebers sein? Das ist nach meiner Ansicht geradezu unmöglich. Doch

Digitized by Google

wäre dieß das nothwendige Resultat der gegner'schen Ansicht; denn an einem Sonntag kann der Wechselinhaber die Zahlung nicht verlangen, und also weiß er erst am Montag, daß er protestiren muß und hätte bloß den Montag zur Protestaufnahme. Dafür ist aber auch nicht ein erdenklicher legislatorischer Grund vorhanden.

„Ich mache noch aufmerksam, daß in dem neuen Entwurf eines schweizerischen Handelsgesetzes (Art. 385) der Ausdruck „Zahlungstag" verändert worden ist in „Verfalltag". Ich habe dieß zur Beseitigung jeden Zweifels vorgeschlagen; aber ich protestire gegen die Meinung, als habe man damit etwas Neues und Anderes vorschreiben wollen, als was imn Konkordat enthalten ist.

„Endlich sei noch bemerkt, daß, wenn ein Richter in der Sache Zweifel haben sollte, was ich aber durchaus nicht annehme, derselbe gleichwohl für die Rechtzeitigkeit des Protestes entscheiden würde. Denn es ist eine allgemeine und wohlbegründete Rechtsregel, daß da, wo es sich um die Versäumung einer Fatalfrist handelt, im Zweifel nicht die strengere, sondern diejenige Interpretation angenommen werden soll, welche vor dem Verlust eines Rechtes rettet."

Uns scheint nicht nur der Sinn und Geist, so wie der ganze Zusammenhang dieser Gesetzesstelle, sondern sogar deren Wortlaut für die zu Recht erkannte Ansicht zu sprechen, und wir begreifen nicht recht, wie man auf dem Wege grammatikalischer Auslegung zu der entgegengesetzten Anschauung gelangen konnte. Durch die Protesterhebung soll ja durch einen Notar oder einen andern zuständigen Beamten die Präsentation des Wechsels zur Zahlung und deren Nichterlangung festgestellt werden (§ 45 und 46 Z. 3). An einem Sonn- oder Festtage kann nun aber ebenso wenig die Präsentation zur Zahlung wie diejenige zur Annahme (§ 17) geschehen, deßhalb mußte der Gesetzgeber im § 37 die Bestimmung aufnehmen, daß wenn der Tag der Präsentation zur Zahlung (der Verfalltag) auf einen Sonn- oder Festtag falle, dann erst der nächstfolgende Werktag derjenige Tag sei, an welchem diese Handlung vorgenommen werden könne, m. a. W. der Verfalltag wird dann auf den nächsten Werktag hinausgerückt, erst dieser ist der eigentliche praktische Verfalltag, weil erst jetzt die Zahlung verlangt und die Nichterlangung durch Protestaufnahme festgestellt werden kann. Das

Digitized by Google

Gesetz setzt aber voraus, daß am Verfalltage Protest erhoben werden könne (durch Protesterhebung am Verfalltage). Wenn nun an dem Tage, auf welchen der Wechsel zahlbar gestellt ist (Verfalltag), die Präsentation zur Zahlung, resp. die Protesterhebung Mangels derselben nicht erfolgen kann, weil derselbe auf einen Sonn- oder Festtag fällt, so tritt eben die allgemeine Regel des § 37 ein, wonach dieß am nächstfolgenden Werktag geschehen kann. — Vergleicht man überhaupt die vielen Artikel der W. O., wo von der Verfallzeit die Rede ist, mit einander (§§ 3, 4, 16, 24, 25, 31, 33, 34, 36, 37, 39, 43 u. a. m.), so wird man sich sofort überzeugen, daß der Gesetzgeber dem Wesen nach zwischen Verfall- und Zahlungszeit nicht unterscheidet und sich der verschiedenen Ausdrücke nur um des sprachlichen Wohllautes willen bedient. — Uebrigens ist noch zu bemerken, daß die §§ 31 und 37 wörtlich mit den Art. 30 und 92 der deutschen W. O. übereinstimmen, wo jedoch der Titel die Ueberschrift „Zahlungstag" trägt, während die schweizerische W. O. dieselbe in „Verfalltag" umgewandelt hat. Inkonsequenterweise hat man aber unterlassen, den Ausdruck „Zahlungstag" wie in der Ueberschrift, so auch in dem Contexte des Gesetzes selbst in das dem Titel entsprechende „Verfalltag" zu verändern.

Der vorliegende Entscheid ist so gut begründet und die Ansicht der Minderheit des Gerichtshofes, die sich lediglich an den Buchstaben des § 45 (Verfalltag) hielt, so wenig stichhaltig, daß dieses Urtheil als feststehendes, unerschütterliches Präjudiz betrachtet werden kann.

Unser Rechtsfall kann übrigens als recht schlagendes Beispiel dienen, den Unterschied zwischen einer engherzigen, starren Buchstabeninterpretation und der wahren Gesetzesauslegung zur klaren Anschauung zu bringen.

(Fortsetzung folgt.)

Digitized by Google

# Rechtsprechung in Civilsachen.

## A. Uebersicht der Rechtsprechung des bernischen Obergerichts bez. Appellations- und Kassationshofes.

### März 1865.

1.

Waarenlieferung. Kommissionsvertrag. Die Klage auf Bezahlung eines Kaufpreises für eine Waarenlieferung wurde abgewiesen, weil nach der Korrespondenz der Parteien in Verbindung mit Satz. 702 C. in fine anzunehmen ist, daß ein Kommissionsvertrag zwischen den Parteien vereinbart worden. Der Umstand, daß der Kommissionär seinem Auftraggeber einen zu niedrigen Verkaufspreis verrechnet, resp. angegeben hat, berechtigt nach bernischem Recht Letztern nicht, den Erstern selbst als Käufer in Anspruch zu nehmen. (S. V. Steiner gegen Louis Wiedmer; 2. März.)

2.

Schadensersatzforderung. Ersitzungseinrede. Die Schadensersatzforderung der Bürgen eines Geltstagers, welche die vom Gläubiger im Geltstage erhaltene Geduldskollokation eingelöst, gegen diejenigen, welche dem Geltstager bei einer Betrügerei zum Nachtheil der Gläubiger Hülfe geleistet, ist nicht erlassen, wenn auch seit der Betrügerei oder dem Geltstage mehr als 10 Jahre verflossen sind, weil die angehobene Strafuntersuchung die Ersitzung verhindert hat. Die Schadensersatzforderung wird, gestützt auf das Strafurtheil, welches die Gehülfen gegenüber den beeinträchtigten Gläubigern ersatzpflichtig erklärt hatte, und den nachgewiesenen Schaden, grundsätzlich zugesprochen. (Johannes Lehmann gegen Gebrüder Bürgi; 10. März.)

3.

Exequaturbegehren. Inkompetenz des ausländischen Gerichts. Die Vollziehung eines Urtheils des Handelsgerichts Mühlhausen, wodurch hiesige Bürger (Holzhändler) verurtheilt wurden, an den Syndic im Geltstage eines dortigen Holzhändlers eine Summe zurückzubezahlen, die ihnen angeblich der Geltstager nach dem Zeitpunkt bezahlt, auf welchen gerichtlich die Zahlungseinstellung festgestellt worden ist — wird verweigert, weil,

Digitized by Google

abgesehen von verschiedenen formellen Mängeln jenes Urtheils, die durch dasselbe entschiedene Streitfrage, als rein persönlicher Anspruch, nach Art. 1 des Vertrages zwischen Frankreich und der Schweiz vom 24. Dezember 1828 vor den Richter des Wohnorts des Beklagten hätte gebracht werden müssen. (Erkenntniß in S. J. B. Kraft g. Gebrüder Gerber; 11. März.)

4.

Wegrecht. Der Besitzer eines Fahr- und Fußwegrechts kann nicht verlangen, daß an demjenigen Orte, wo der Weg eine Biegung macht, derselbe so weit erweitert werde als nöthig, um mit einem Fuhrwerk gehörig in den Kehr fahren zu können, wenn durch den Dienstbarkeitsvertrag die Wegbreite bestimmt und eingeschränkt ist. (Peter Trauffer gegen Johann Großmann; 16. März.)

5.

Miethvertrag. Provisorische Verfügung. Der Vermiether, welcher sich in den vermietheten Räumlichkeiten eine Kellerabtheilung vorbehalten, kann zwar den Zugang zu derselben benutzen, allein nur auf eine solche Weise, daß dadurch der Miether im Gebrauch, zu welchem ihm die Bestandsache übergeben worden, nicht gehindert wird; also wenn ihm dieselbe zum Betriebe einer Wirthschaft vermiethet worden, nicht zu Tageszeiten, wo der Miether durch die Benutzung des Zuganges von Seite des Vermiethers in diesem Betriebe gehindert würde. Das Begehren des Vermiethers um Erlassung einer provisorischen Verfügung wird in diesem Sinne als begründet erklärt. (Bendicht Bachmann gegen Georg Prader; 16. März.)

6.

Provisorische Verfügung. Das Begehren um Erlassung einer provisorischen Verfügung, um die Entschädigungsansprüche des Impetranten infolge Mißhandlung durch den Beklagten sicher zu stellen, wird abgewiesen, weil nicht konstatirt ist, daß der Beklagte, welcher unmittelbar vor dem Strafurtheil sein Heimwesen veräußert und Anstalten getroffen hat, die Kaufrestanz zu realisiren, dabei beabsichtigte, dieses Vermögen seinen Gläubigern zu entziehen. (Chr. Junker gegen Johann Gut und den Staat Bern; 17. März.)

7.

Waarenlieferung. Wandelungsklage. Dadurch daß der Käufer die Waarenlieferung in seinen Keller abladen läßt und die darauf haftenden Fracht-, Zoll- und Ohmgeldgebühren bezahlt, leistet er Verzicht auf jede Einwendung wegen Beschädigung der Fässer

Digitized by Google

während des Transportes und Verminderung des gelieferten (Wein-) Quantums, und durch die Unterlassung desselben, die eingekellerte Waare gleich nach Empfang und allfälliger Probe durch Versiegelung oder die sonst im Handel üblichen Formen zur Disposition des Verkäufers zu stellen, wird das Recht des Käufers, im Falle konstatirter Nichtkonformität der Waare (Wein) mit dem Muster auf Zurücksetzung der Sachen in den vorigen Zustand anzutragen, beziehungsweise hierauf gegründet die Bezahlung der Waare zu verweigern, ausgeschlossen. (Ludwig Wildbolz gegen J. Blanc-Mayor; 23. März.)

8.

Eigenthumsklage. Zugehör. Die Eigenthumsklage, gerichtet auf Anerkennung des freien Alleineigenthums des Klägers auf den Platz vor dem zwischen Parteien gemeinschaftlichen Brunnen, auf welchen Platz der Beklagte das Miteigenthum anspricht, wird abgewiesen, weil der Brunnen von Letzterm nicht gehörig benutzt werden könnte, wenn er nicht befugt wäre, auf dem streitigen Platz den Zu- und Vongang zu nehmen, und daher dieser Platz als Zugehör des Brunnens zu betrachten ist, und weil übrigens nicht anzunehmen ist, daß der gemeinschaftliche Vorbesitzer dem Kläger die Hälfte des Brunnens in einer Weise zu verkaufen beabsichtigte, daß er die ihm damals noch gehörende andere Hälfte nicht mehr gehörig hätte benutzen können. (Joh. Ulrich Rämi gegen Joh. Ulrich Horrisberger; 23. März.)

9.

Wasserleitung. Zweckbestimmung. Derjenige, welcher infolge Vertrages auf dem Lande des Mitpaciscenten eine Wasserleitung zum Betriebe einer Hammerschmiede anlegen durfte, ist nicht berechtigt, diesem Zwecke einen andern, dem Mitpaciscenten und seinem Etablissemente nachtheiligen zu unterschieben, zu welchem Letzterer nie eingewilligt hätte und auch nicht eingewilligt hat, wie z. B. die Wasserleitung zum Betriebe einer an der Stelle, wo die Hammerschmiede früher gestanden, errichteten Getreidemühle zu verwenden, zumal wenn konstatirt ist, daß das neue Etablissement ohne die eingeräumte Wasserleitung nicht betrieben werden könnte, wenn gleich die Servitut auf Grund und Boden des Mitpaciscenten dadurch keine Belästigung erleidet. (Jakob Leuenberger gegen Ulrich Leuenberger; 24. März.)

10.

Inkompatibilität von Stellen. Die Frage, ob die Stelleines Gerichtspräsidenten mit derjenigen eines Mitgliedes eines Eine

Digitized by Google

wohnergemeinderathes, und eben so auch die Frage, ob diejenige eines Amtsrichters mit derjenigen eines Gemeinderathspräsidenten verträglich seien, ist zu verneinen. (Schreiben des Obergerichts an den Regierungsrath vom 25. März 1865.)

11.

Provokationsklage. Eine Provokationsklage wird abgewiesen, weil zwischen Parteien ein Rechnungsverhältniß obwaltet, und aus demselben jeder Theil bezüglich seiner Forderung klagen kann. (Jakob Gränicher gegen Johann Stuber; 30. März.)

12.

Forumsverschluß. Das Forum wird dem Anwalt insoweit verschlossen, als derselbe gegen die erstinstanzlichen Entscheide, auch soweit sich solche auf eine Partei beziehen, von der er keine Vollmacht erhalten, appellirt hat. Insoweit die appellirten Entscheide sodann bloße prozeßleitende Dekrete sind, wird auf die Appellation von Amteswegen nicht eingetreten. (Marie Bärfuß, geb. Walker und Georg Hofer-Caselli gegen die Herren Bourgeois und Mithafte; 30. März.)

13.

Waldrecht. Unter dem Ausdruck Waldrecht, wie es in Titeln aus dem Amtsbezirk Saanen vorkommt, wird, wenn nicht gesagt ist, daß zu der daherigen Ansprache kein Grund und Boden gehöre und sich dieses auch nicht aus den Titeln des Grundstückes, auf welchem die Waldung steht, ergibt, nicht nur das Recht auf den Holzwachs, sondern auch das Recht auf Grund und Boden verstanden, insbesondere dann, wenn der Waldbezirk gegen das Weidland ausgemarchet ist. (Müllener gegen Romang; 31. März.)

Digitized by Google

## B. Ausführlichere Mittheilungen von Civilurtheilen.

### I. Bern, alter Kantonstheil.

**1) Ueberschreitung der Dispositionsbefugniß in einem Ehetag; theilweise Ungültigkeit; Anspruch der Wittwe auf einen Dritttheil des freien Vermögens und überdieß auf einen Kindesantheil bezüglich der zwei übrigen Dritttheile — Beseitigung des letzten Anspruchs.**

Urtheil des Appellations- und Kassationshofes vom 23. Jänner 1863; Blaser und Mithafte gegen Wittwe Oppliger.

Christian Oppliger fiel 1827 in Geltstag. Die privilegirte Hälfte Weibergut erhielt fruchtbare Anweisung. Nachdem die Ehefrau Oppliger 1834 gestorben war, hob Oppliger den Geltstag infolge Akkommodement wieder auf. Im Jahr 1838 trat O. mit Wittwe Schwarz geb. Lenz in die zweite Ehe, aus erster Ehe waren sieben Kinder vorhanden. Mit dieser zweiten Frau errichtete er einen Ehetag, welcher folgende Bestimmungen enthält:

1) Verzicht auf das Notherbrecht; auf den Fall des Vorabsterbens des Einen oder des Andern Nutznießung des gesammten Vermögens ohne Ausnahme durch den Ueberlebenden, und wenn der Abnutz zu seinem standesmäßigen Unterhalt nicht hinreicht, Kapitalangriff soweit nöthig;

2) Im Fall sich der Ueberlebende nicht wieder verheirathet und keine Notherben vorhanden sind, Heimfall des in die Ehe eingekehrten Vermögens jedes der Ehegatten an seine gesetzlichen Erben nach dem Tode des letztlebenden Ehegatten. Bezüglich der Errungenschaften, Theilung zur Hälfte zwischen den beidseitigen Erben.

Ch. O. starb nun 1860 ohne Hinterlassung von Kindern aus zweiter Ehe. Ein amtliches Güterverzeichniß wies ein Vermögen nach von circa Fr. 17,000. — In demselben reklamirten die Kinder erster Ehe die zweite Hälfte ihres Muttergutes mit Fr. 6912. 45, die Wittwe ihr in die Ehe eingekehrtes Vermögen mit Fr. 4143. 56, — beiderseits unter Verwahrnng ihrer Rechte aus dem Ehetag. Die Wittwe O. geb. Lenz händigte nach vorausgegangenen rechtlichen Schritten den Kindern erster Ehe die zweite Hälfte Muttergut aus; zu einem Mehreren wollte sie sich nicht herbeilassen, und es traten die Kinder klagend auf, mit folgenden Begehren:



Digitized by Google

1) Es sei gerichtlich zu erkennen, O. sei nicht berechtigt gewesen, durch seinen Ehetag die Pflichttheile seiner Kinder erster Ehe zu schmälern, d. h. auf sein Absterben hin über mehr zu verfügen, als über den dritten Theil seines freien Vermögens;

2) Nullität des Ehetages, insoweit über mehr verfügt, als über diesen Dritttheil;

3) Die Wittwe O. geb. Lenz sei schuldig, anzuerkennen, zwei Drittheile des freien Vermögens, welches ihr Ehemann Christian O. hinterlassen, seien seinen Kindern erster Ehe unbeschwert und unbedingt angefallen, und sie sei schuldig, den Letztern diese zwei Drittheile verabfolgen zu lassen und herauszugeben.

Zu Begründung dieser Begehren brachten sie an: durch den Ehetag sei das Notherbrecht der Wittwe O. aufgehoben, die Verfügungsbefugniß des Erblassers aber in den weitern Bestimmungen desselben überschritten, für's Erste durch Einräumung des Nutzungsrechts der Ehefrau auf das gesammte Vermögen und eventuell des Rechts auf das Kapitalgut selbst, und zweitens durch Zusicherung der Hälfte an der Errungenschaft. O. habe nur über den freien Dritttheil verfügen dürfen, der Ehetag sei somit ungültig, insofern er weiter gehende Verfügungen in sich schließe.

Die Beklagte bestritt die zwei ersten Klagsbegehren nicht, wohl aber das dritte, dessen Abweisung sie verlangte. Sie gab zu, daß durch den Ehetag die Verfügungsbefugniß überschritten sei, und daß die Kinder erster Ehe nach Vorschrift der Satz. 722 in Verbindung mit Satz. 908 C. die Absetzung der Bestimmungen des Ehetages insofern verlangen dürften, als dadurch ihr Pflichttheil verletzt würde, jedoch müßten der Wittwe zweiter Ehe diejenigen Theile der Verlassenschaft bleiben, über welche der Erblasser zu verfügen berechtigt war. Mit andern Worten: wenn die der hinterlassenen Wittwe durch die Bestimmungen des Ehetages eingeräumten Vortheile aufgehoben würden, so erhalte sie dagegen einen Drittheil des freien Vermögens zum Voraus und überdieß den Kindstheil von der Verlassenschaft, welcher ihr zufolge Notherbrechts zugekommen wäre. Da die Gültigkeit des Ehevertrages von den Klägern nicht anerkannt werde, so müsse auch die von ihr, in Folge der ihr durch den Vertrag zugesicherten Vortheile erklärte Verzichtleistung auf das Notherbrecht dahinfallen.

Der Appellations- und Kassationshof sprach, in Bestätigung des erstinstanzlichen Urtheils, den Klägern das dritte (einzig noch im Streite liegende) Rechtsbegehren zu,

in Betrachtung:

1) daß die Beklagte das erste und zweite Klagsbegehren nicht bestritten, vielmehr ausdrücklich anerkannt hat, daß die Kläger in-

Digitized by Google

sofern und in dem Maße auf Absetzung zu klagen berechtigt seien, als durch den fraglichen Ehetag ihr Pflichttheil verletzt wird;

2) daß nach dieser Erklärung der Beklagten und nach dem Wortlaut der Klagsbegehren die Parteien darüber einverstanden sind, daß der fragliche Ehetag gültig sei und in Kraft bleiben solle, insoweit er den Pflichttheil der Kläger nicht verletzt;

3) daß nach den weitern Erklärungen der Parteien auch das dritte Klagsbegehren nur insoweit bestritten ist, als die Kläger zwei volle Drittheile der ganzen Verlassenschaft in Anspruch nehmen und bei Berechnung derselben zu Gunsten der Beklagten keinen Kindesantheil über den verfügbaren einen Drittheil hinaus in Rechnung bringen lassen wollen;

4) daß nun nach Satz. 896 C. Eheleute durch Eingehung eines Ehetages auf das gegenseitige Notherbrecht Verzicht leisten und durch denselben eine vertragsmäßige Erbfolge begründen können;

5) daß daher die Beklagte Wittwe O. die Eigenschaft einer Notherbin ihres verstorbenen Ehemannes durch Eingehung des mehrerwähnten Ehetages verloren hat und nun nicht gleichzeitig die Vortheile aus diesem Vertrage mit denjenigen, die ihr als Notherbin gesetzlich zustehen würden, ansprechen kann;

6) daß vielmehr die Notherbfolge und die vertragsmäßige Erbfolge sich gegenseitig ausschließen und da die Beklagte, wie oben bemerkt, an der Gültigkeit des Ehetages, ungeachtet der theilweisen Absetzung desselben, festhält, sie als Notherbin gar nicht mehr in Betracht kommen kann;

7) daß daher die Behauptung der Beklagten, ihre Verzichtleistung auf das Notherbrecht sei bedingt durch die vollständige Aufrechthaltung der ihr im Ehetag als Gegenleistung zugesicherten Vortheile, ohne Einfluß ist auf die Berechnung der Pflichttheile der Kläger und nur von Bedeutung sein könnte, wenn die Frage zu prüfen wäre, ob die Beklagte infolge theilweiser Absetzung des Ehetages berechtigt gewesen wäre, nun ihrerseits die gänzliche Aufhebung desselben zu verlangen;

8) daß daher die Beklagte keinen Anspruch hat auf einen Kindestheil von den zwei Drittheilen des freien Vermögens aus der Verlassenschaft des Chr. O. sel. 1.

---

Digitized by Google

## 2) Die Haftbarkeit der Wechselbürgen fällt dahin, wenn in dem Eigenwechsel, für welchen sie sich verbürgt, der Aussteller den Namen des Remittenten gefälscht hat.

Urtheil des Richteramtes Bern vom 27. Februar 1865. *)

Am 25. November 1863 suchte J. G. B. von Herrn Binggeli gegen Zustellung eines zu Gunsten des Letztern lautenden und von obigem Tage datirten Eigenwechsels, auf dem sich die drei Herren H., H. und M. als Wechselbürgen mitverpflichtet hatten, ein Gelddarlehen von Fr. 205 zu erhalten. Herr Binggeli ließ sich zwar zu dem gewünschten Gelddarlehen bewegen; J. G. B. mußte ihm aber statt des angebotenen Wechsels eine vom nämlichen Tage datirte Obligation ausstellen, welcher die gleichen drei Herren als Bürgen beitraten. Der Eigenwechsel vom 25. November 1863 verblieb in den Händen des J. G. B. Ohne die Bürgen davon in Kenntniß zu setzen, radirte er alsdann den Namen des Herrn Binggeli auf dem Wechsel aus, und versuchte diesen an Herrn Bänzinger zu veräußern, was ihm aber nicht gelang. Der eine der Bürgen, Herr H., vernahm dieß nachträglich und machte dem J. G. B. deßhalb Vorwürfe, unterließ es dagegen, den Wechsel zurückzufordern. Dieß benutzte J. G. B., um auf demselben an die Stelle des ausradirten Namens denjenigen des W. zu setzen, und ihn diesem Herrn gegen Empfang des Wechselbetrages auszuhändigen. W. indossirte den Wechsel weiter, mußte ihn aber nach dem Verfalltage, weil er wegen Nichtbezahlung protestirt wurde, wieder einlösen. W. ließ hierauf gegen die drei Wechselbürgen durch Anlegung einer Wechselaufforderung die Betreibung einleiten. Die Bürgen erhoben jedoch dagegen Einspruch, weil der Wechsel gefälscht sei, und deponirten rechtzeitig den Wechselbetrag beim Richteramte Bern. Der zur Einklagung der Wechselforderung gegen die Bürgen eingeleitete Civilprozeß wurde eingestellt, weil diese gegen J. G. B. wegen Wechselfälschung eine Kriminalanzeige einreichten. Infolge dieser Anzeige wurde später auch J. G. B. von den Geschwornen der Wechselfälschung schuldig erklärt: die Kriminalkammer wies dagegen die drei Bürgen und Herrn W., welche sich bei der Hauptverhandlung als Civilpartei konstituirt hatten, zur Erledigung ihres Civilstreites an den Civilrichter. W. wurde dadurch genöthigt,

*) Wir erneuern, indem wir wieder ein Urtheil des Richteramtes von Bern publiziren, unser Gesuch an die Herren Gerichtspräsidenten, Gerichtschreiber und Anwälte, uns interessante Entscheide in Fällen, welche in die endliche Kompetenz des Gerichtspräsidenten oder Amtsgerichts fallen, zur Kenntniß bringen zu wollen. D. Red.

Digitized by Google

die drei Bürgen zur Fortsetzung des eingestellten Civilprozesses auf 27. Februar 1863 vor das Richteramt Bern zu laden, allwo er von Neuem das Rechtsbegehren stellte: Es solle erkennt werden, die Herren H., H. und M. sind als Wechselbürgen schuldig, dem Herrn W. den Betrag von Fr. 205 sammt Zins, Protestkosten und gesetzlichen Spesen zu bezahlen unter Kostenfolge. Zur Begründung dieses Rechtsbegehrens stützte sich der Kläger namentlich darauf, daß die auf dem Wechsel stehenden Unterschriften der Beklagten anerkanntermaßen ächt seien, und daß nach § 80 in Verbindung mit § 2 der W. O. der Umstand, daß der Name des Wechselnehmers abgeändert worden sei, auf die Verbindlichkeit der ächten Unterschriften keinen Einfluß haben könne. Er berief sich hiebei auf die, in den im Druck erschienenen Motiven zur W. O. bezüglich der angerufenen Gesetzesstellen enthaltenen Ausführungen. Er machte im Fernern geltend, daß es für Bürgen ganz gleichgültig sei, wer Gläubiger sei, und daß sich die Bürgen dadurch, daß sie nach Ausstellung der zu Gunsten des Herrn Binggeli lautenden Obligation den Eigenwechsel in den Händen des J. G. B. gelassen hatten, einer groben Fahrlässigkeit schuldig gemacht haben. Indem sich die Beklagten ihrerseits, namentlich unter Berufung auf die Bestimmungen der §§ 199 u. ff. P. zur Aufgabe machten, die Rechtsausführungen des Klägers zu widerlegen, hoben sie hervor, der Kläger wäre bei einiger Achtsamkeit im Stande gewesen, die vorgenommene Wechselfälschung zu erkennen, und er habe daher, wenn er gleichwohl auf den Wechsel Geld gegeben habe, ohne die Bürgen zuvor über den Sachverhalt zu befragen, einen allfälligen Verlust seiner eigenen Fahrlässigkeit zuzuschreiben. Sie, die Bürgen, hätten, nachdem sie der zu Gunsten des Herrn Binggeli ausgestellten Obligation beigetreten waren, annehmen müssen, der Wechsel sei dahin gefallen, und hätten nicht präsumiren dürfen, daß J. G. B. zum Dank für den ihm erwiesenen Dienst ihre Unterschriften mißbrauchen werde.

Der Richter wies das Rechtsbegehren von Herrn W. ab:

in Betrachtung:

1) daß der von J. G. B. am 25. November 1863 ausgestellte Eigenwechsel zur Zeit, als ihn die Wechselbürgen unterschrieben, zu Gunsten des Herrn Binggeli lautete, und daß der Platz für den Namen des Remittenten nicht etwa en blanc gelassen und damit von den Bürgen dem Wechselschuldner J. G. B. die Autorisation ertheilt worden war, nach Belieben einen Wechselnehmer zu suchen;

2) daß nach § 88 W. O. der Name der Person, an welche

Digitized by Google

oder an deren Ordre gezahlt werden soll, zu den wesentlichen Erfordernissen der Gültigkeit des Eigenwechsels gehört;

3) daß infolge dessen die Gültigkeit des Eigenwechsels durch das von dem Wechselschuldner J. G. B. einseitig vorgenommene Ausradiren des Namens des Remittenten dahinfiel;

4) daß der Wechselschuldner J. G. B. ohne Beistimmung der Bürgen nicht befugt war, auf eine für sie verbindliche Weise den Namen des Wechselnehmers durch einen andern zu ersetzen, d. h. am Platze des einmal ungültig gewordenen Wechsels einen neuen auszustellen;

5) daß er dazu im Fragefall um so weniger befugt war, als er mit Hülfe dieser Bürgen von dem nämlichen Herrn Binggeli, welcher ursprünglich im Wechsel als Wechselnehmer genannt war, am gleichen Tage, von welchem der Wechsel datirt ist, statt auf den Wechsel auf andere Schuldverpflichtung hin die gewünschte Summe erhalten hatte, und die Bürgen demnach wirklich annehmen durften, der Wechsel sei dahingefallen. 6.

---

## II. JURA BERNOIS.

### Procédure en matière consulaire.

*Dans les affaires consulaires, la procédure à suivre doit être sommaire et conforme aux prescriptions du Code de procédure civile français. — Une ordonnance sur les preuves, une réforme, etc. telles que les prévoit le Code d. pr. civ. bernois, ne sont pas admissibles devant les tribunaux de commerce.*

---

Dans le Jura bernois les tribunaux de district font l'office des tribunaux consulaires tels qu'ils sont prescrits et organisés par les art. 615 et suivants du Code de commerce français de 1808. C'est devant ces tribunaux que sont portées toutes les difficultés en matière de commerce. Leurs attributions sont spécialement déterminées par les art. 631 et suivants C. d. com. et elles comprennent toutes les contestations entre négociants, et entre toutes autres personnes les contestations relatives aux actes de commerce; elles com-

Digitized by Google

prennent en outre tout ce qui a trait aux lettres de change, aux achats, ventes et transactions commerciales, aux faillites et à leur liquidation. Ces tribunaux sont surtout d'une grande utilité en cas de recours d'un porteur d'une lettre de change protestée ou d'un billet à ordre contre les endosseurs, l'accepteur ou le souscripteur. Le Code français n'a pas voulu que d'emblée, par la seule sommation judiciaire faite, après protêt, au débiteur d'un effet de commerce, toute personne recherchable puisse être *exécutée;* il a supposé qu'un négociant honorable ne laisse pas protester sa signature et que si le fait arrive, ce négociant doit avoir des motifs plausibles de résister; il a voulu que ces motifs soient soumis à l'examen d'une autorité judiciaire qui, sauvegardant à la fois et les intérêts du commerce et les droits des particuliers, ne doitper mettre l'exécution qu'en suite d'un jugement. Il a mis en pratique ce bel adage: «*audiatur et altera pars.*»

Mais quelle est la *forme de procéder* devant les tribunauxconsulair es? Le Code de commerce renvoie, quant à ce, aux règles tracées par le Code de procédure civile français dans le titre XXV du livre II, art. 414 à 442 de ce dernier code. Il faut reconnaitre que cette procédure est excessivement brève et qu'il serait presqu'impossible de formuler des règles explicites dans un aussi petit nombre d'articles. Il faut donc compléter ce qui manque au titre XXV par les dispositions du code général de procédure. A cet égard ce droit subsidiaire à la procédure de commerce sera-t-il le Code français ou le Code bernois (procédure ordinaire) on enfin ce dernier lorsqu'il traite des matières sommaires soit de la procédure devant le tribunal de district? (Art. 298 et suiv. C. pr. civ. bern.) La doctrine et la Jurisprudence ne sont pas fixées sur ce point, et il serait assez difficile de résoudre cette question d'une manière précise, au milieu de la confusion qui règne, en matière de législation, entre les deux parties du canton. Nous croyons cependant que là où la loi française rappelle spécialement

Digitized by Google

certaines dispositions du Code de procédure qui ne sont pas en désaccord avec le Code bernois, par. ex. les art. 156, 158 et 159 C. pr. fr. relatifs aux jugements par défaut, c'est cette loi française qui doit faire règle. Mais lorsque certaines formalités, non prévues par les art. 414 et suivants C. franç. sont cependant essentielles à la cause, c'est alors le Code bernois, au titre des matières sommaires, art. 298 et suivants, qui doit être consulté comme droit subsidiaire. Cette manière de voir est conforme à l'esprit de la loi française qui veut que la procédure devant les tribunaux de commerce soit simple et concise puisqu'elle se fait sans le ministère d'avoué c'est-à-dire sans l'assistance d'un tiers patenté en droit. Les tribunaux ont un certain pouvoir discrétionnaire: ils entendent les parties comme autrefois les conseils des prud'hommes et ils font en sorte de dégager de la procédure tout ce qui pourait entraver ou retarder la solution d'une affaire de commerce. Voici comme s'exprimait à cet égard le Conseiller d'Etat, Maret, dans l'exposé des motifs du Code de commerce: « L'intérêt « du commerce et des commerçants réclame des décisions « promptes et une exécution rapide. La forme de procéder « tant en première instance qu'en appel doit être simple; « le fait doit être apporté avec une sorte de naïveté, et, « autant que possible, par les parties elles-mêmes, afin que « le Juge soit plus à portée d'apprécier leur bonne foi. » Comme on le voit cette procédure doit être surtout sommaire.

Autrefois dans le Jura et notamment à Porrentruy les procédures en matière consulaire étaient par trop sèches et privées de faits articulés et de l'indication de moyens de preuves, de manière que dans les affaires appelables la Cour était souvent prise au dépourvu par la faute des parties. A cette occasion la Cour, par voie de missive, attira l'attention de l'autorité inférieure sur cet excès de concision et en cela elle a rendu un vrai service et aux tribunaux et aux plaideurs. Depuis quelque temps et surtout à Courtelary

Digitized by Google

ou est tombé dans l'excès contraire et au lieu de suivre les formes simples et concises voulues par la loi française il arrivait qu'on se lançait dans un galimatias de faits sans pertinence, de dénégations, de preuves contraires, etc. de manière que dans ce dédale, on ne reconnaissait plus aucune forme de procédure, pas même celle du Code bernois. La Cour a cru alors devoir intervenir, et à l'occasion d'un procès simple en lui-même, mais embrouillé par les défendeurs qui, prenant diverses conclusions, avaient posé comme faits des dénégations tendantes à aller chercher des preuves jusque dans les deux parties de l'Amérique, elle a statué ainsi qu'il suit sur l'ordonnance sur les preuves portée devant elle par voie d'appel:

Considérant:

« Que le titre XXV liv. II du Code de proc. civil français traitant de la procédure devant les tribunaux de commerce a été maintenu pour le Jura par le décret de promulgation du 31 juillet 1847;

« Que l'on doit en conclure que le législateur a voulu conserver aux districts du Jura, non seulement le Code de commerce qui lui est garanti en principe par l'art. 89 de la Constitution et l'art. 2 du décret de promulgation précité, — mais encore les *formes* de la procédure consulaire;

« Que s'il est, par suite de l'abrogation de la procédure française en matière civile, nécessaire de suppléer dans le Jura, par les règles de la procédure bernoise, aux lacunes que présente le titre XXV précité auquel la procédure française ordinaire servait de complément avant son abrogation, les tribunaux ne doivent cependant le faire que pour autant seulement que cela peut avoir lieu sans porter atteinte aux règles essentielles de la procédure consulaire;

« Qu'en traçant des règles spéciales et des formes simples et rapides pour les matières commerciales, le législateur a reconnu en principe que les affaires de cette nature doivent être jugées avec célérité et sans qu'elles aient à souffrir d'une instruction compliquée;

« Que si cette procédure spéciale doit réaliser son

Digitized by Google

but, il y a donc lieu d'écarter tout ce qui peut l'entraver inutilement;

« Qu'une ordonnance spéciale sur les preuves telle qu'elle est prescrite en matière civile par le C. d. pr. civ. bern. n'est connue ni en procédure consulaire ni même en matière *sommaire*, que les tribunaux ont la faculté d'admettre jusqu'à la clôture des débats la preuve des faits et moyens qui leur paraissent concluants: que d'après l'esprit du C. d. pr. civ. franç. la Cour pourrait même, dans certains cas, admettre aussi la preuve de faits qu'elle estimerait être pertinents;

« Que c'est dès lors à tort qu'il a été procédé ainsi que cela a eu lieu en première instance quant à l'ordonnance sur les preuves; que l'on pourrait, à raison de cette irrégularité, casser comme irrégulière tout au partie de la procédure telle qu'elle a été instruite;

« Que néanmoins pour éviter des frais et des lenteurs, la Cour trouve à propos de modifier et de fixer l'ordonnance sur les preuves qui lui est soumise de la manière suivante. »

Puis la Cour examinant les griefs qui lui étaient soumis, a éliminé tous les faits qui lui ont paru non pertinents et a par là simplifié de beaucoup l'apport des preuves à la charge de l'une et de l'autre des parties. (Arrêt du 24 février 1865.)

Cette Jurisprudence n'est pas nouvelle. Dans une instance, en matière de commerce, le défendeur après divers incidents vidés n'ayant pu obtenir un règlement de compte qui ne se justifiait en rien, déclara réformer la procédure conformément aux art. 69 et suivant C. pr. civ. bernois. Le tribunal de première instance admit la réforme comme moyen de droit. Mais la Cour par son arrêt du 23 février 1857 déclara cette réforme inadmissible en se basant sur la partie générale des considérants ci-dessus et spécialement sur les suivants quant à la réforme:

Considérant:

« Que la réforme n'est connue, ni en procédure ordinaire française ni en procédure consulaire;

« Que, si la faculté de réformer un procès est utile

Digitized by Google

et même nécessaire en procédure bernoise, à raison de la rigueur de celle-ci quant à l'accomplissement des formes qu'elle prescrit et dont l'inobservation peut entraîner la perte d'une action fondée au fond, il n'en est pas de même dans la procédure consulaire qui laisse aux tribunaux la faculté d'admettre, jusqu'au moment de la clôture des débats, les faits et moyens de preuve qui peuvent avoir été omis dans les premiers exposés des parties;

« Qu'il suit de là que la réforme, qui n'est admissible en procédure bernoise qu'avant le Jugement de première instance, serait inutile et sans but légitime en procédure consulaire, outre qu'elle serait fort préjudiciable à la célérité qu'exigent les intérêts du commerce;

« Qu'enfin, la nécessité de la réforme en matière commerciale ne s'est nullement fait sentir dans la pratique; qu'en effet, depuis 1821, époque de la promulgation de l'ancien Code de procédure civile bernois dans le Jura (Code qui admettait la réforme, sur une échelle beaucoup plus large qu'elle n'est permise par la procédure actuellement en vigueur), ce moyen n'a généralement pas été tenté devant les tribunaux consulaires, ce qui n'eût pas manqué d'avoir lieu, si le besoin s'en était fait sentir pour la défense légitime des intérêts des plaideurs. »

Nous trouvons encore d'autres arrêts à l'appui de ce qui vient d'être dit. Ainsi le 8 octobre 1852 la Cour reconnait que les dispositions des art. 158 et 159 C. pr. civ. français sont applicables aux Jugements par défaut rendus par les tribunaux consulaires, que dès lors l'opposition doit être recevable jusqu'à leur exécution et que les articles du Code de proc. bernois relatifs aux Jugements par défaut ne pouvaient être appliqués au cas particulier. Par des arrêts de 1854 et 1855 elle statuait de la même manière quant aux affaires de faillite et de cession de biens commerciale. Enfin le 8 juin 1857 statuant sur une exception fori-déclinatoire, elle admet entre autre dans les motifs que l'art. 420 C. pr, civ. franç. est encore en vigueur, qu'il autorise de citer au lieu où la marchandise a été vendue et que ces prescriptions ne sont pas en opposition avec les lois en vigueur dans le canton.

Digitized by Google

Tel est aujourd'hui l'état de la Jurisprudence sur cette matière et nous avons cru celle-ci assez importante, pour trouver bien que brièvement, place dans ce recueil. 2.

# Aufzeichnungen aus den Assisen.

Thuner Sitzung; 5. Dezember 1864.
Von Oberrichter F. Moser.

## Sicherheitsleistung für einstweilige Haftentlassung.

Die beiden Brüder Anton und David Wäfler, beschuldigt der Mißhandlung, welche den Tod des Mißhandelten zur Folge hatte, wurden schon während der Voruntersuchung vom Richter gegen Sicherheitsleistung einstweilen wieder freigelassen. Die Sicherheit bestand in der Stellung zweier Bürgen, die sich aber ausdrücklich verpflichteten: „im Sinne der Art. 170 und 171 „St. V. auf den Fall haften zu wollen, daß die Angeklag„ten sich einem dereinstigen Urtheile durch die Flucht entziehen „sollten."

Viele Bürgschaftsakte, die ich bis dahin gesehen, lauteten in gleicher Weise; oft aber auch, und so auch dieses Mal, habe ich darüber Zweifel äußern hören, ob eine so konditionirte, d. h. nur für den Fall des Ungehorsams geleistete Sicherheit nach dem Gesetze genüge. Diese Frage hat insbesondere deßhalb Bedeutung, weil, wenn sie verneint wird, für vermögenslose Angeklagte die gesetzliche Wohlthat der einstweiligen Freilassung soviel als gar nicht bestünde. Baarschaft und Pfänder haben sie nicht, und Bürgen würden sich wohl selten herbeilassen, wenn diese wüßten, daß sie selbst dann für Kosten, Bußen und Civilentschädigung haften müßten, wenn auch der Angeklagte allen weitern Untersuchungshandlungen und der Strafe auf die erste Aufforderung sich unterzieht.

Die letztere strengere Ansicht wird hauptsächlich entnommen den Artikeln 179 und 180 St. V. *). Die Kaution könne

*) Art. 179: „Wenn in der genannten Frist die einstweilen freigelassene Person sich nicht zur Vollziehung des Urtheilsspruchs stellt, oder die von ihr oder ihren Bürgen eingegangenen Verpflichtungen nicht er-

Digitized by Google

hienach nicht nur dann in Anspruch genommen werden, wenn der Angeklagte oder Verurtheilte der Erstehung der (Freiheits-) Strafe entgehe, sondern auch alsdann, wenn er den übrigen Dispositiven des Urtheils (Kosten, Buße, Civilentschädigung), z. B. aus Grund der Insolvabilität binnen der Exekutionsfrist statt thue, selbst wenn er sich stets gestellt und jetzt auch die Strafe angetreten habe. Diese beiden Fälle seien im Art. 179 auf die gleiche Linie gestellt („oder"), und Art. 180 enthalte im zweiten Alinea eine ausdrückliche Bestätigung in der Vorschrift, daß das Antreten der Strafe, oder die Festnahme oder das Sichstellen die Kaution eben nur soweit, als sie für die Strafe geleistet worden sei, liberire.

Die Kaution wäre nach dieser Ansicht ein förmliches Erkaufen der Wohlthat der einstweiligen Freilassung, der Preis dafür, und fiele aus dem Grunde einzig, weil der Freigelassene seine Freilassung nicht mißbraucht, nicht wieder dahin.

Wir anerkennen, daß der Wortlaut der Art. 179 und 180 zu dieser Auffassung Anlaß gibt. Dennoch halten wir sie aus den folgenden Gründen nicht für richtig:

1) Unserer früheren Gesetzgebung war diese Auffassung völlig unbekannt; sie behandelte die Kaution nur als eine Garantie gegen Fluchtgelüste, und ließ den Verfall nur beim Ungehorsam eintreten. Das jetzige Gesetz hätte somit einen offenbaren illiberalen Rückschritt gethan, und die provisorische Haft-

---

füllt, so kann jeder Betheiligte nach den Bestimmungen des Gesetzbuchs über das Verfahren in bürgerlichen Rechtsstreitigkeiten die Bürgen zur Zahlung anhalten, oder sich auf den nach Art. 173 verhafteten Gegenständen bezahlt machen."

Art. 180: „Die Erlöschung der obengenannten Verpflichtungen und seiner Bürgen richtet sich nach den im Kanton geltenden Civil- und Strafgesetzbestimmungen über die Erlöschung der Forderungsrechte. Im Fall einer Verurtheilung erlöschen sie außerdem, so weit sie die Strafe allein betreffen, wenn diese in Gefangenschaft besteht und der Verurtheilte die Strafe angetreten, oder sich zur Erstehung gestellt oder zu diesem Endzweck festgenommen worden ist. Sie erlöschen endlich, wenn der Angeklagte wegen derselben Sache auf Befehl des Untersuchungsrichters oder der Anklagekammer von Neuem in Haft gebracht worden ist."

Digitized by Google

entlassung wäre gegen früher sehr erschwert. Der Art. 23 der Anweisung für die Richter vom 15. Christmonat 1834 lautete nämlich: „Die Bürgen müssen sich verpflichten, auf den Fall, „daß der Angeklagte, der gegen Sicherheitsleistung der Haft entlassen werden soll, sich auf die Vorladung des Richters „nicht stellen sollte, ohne sein Ausbleiben hinlänglich zu entschuldigen, den Schaden, der durch die ihm zur Last gelegte „Handlung veranlaßt worden, zu ersetzen, die Prozeßkosten zu „bezahlen, und eine vom Obergerichte zu bestimmende Summe, „die im Bürgschaftsbriefe auszusetzen ist, an die Kriminalkasse „zu entrichten, ohne dieselbe je wieder zurückverlangen zu können."

2) Auch der französische Code d'instr. crim., die sehr benutzte Quelle unseres Gesetzes, faßt die Kaution nicht in jener Weise auf *).

---

*) Höchster, Lehrbuch des französischen Strafprozesses § 81: „Die provisorische Freilassung findet nur gegen die Kautionsleistung dafür statt, daß sich die angeschuldigte Person zu allen Prozeduraften und zur Vollziehung des Urtheils stellen werde." Und in § 83 unter G. sagt er ausdrücklich, „daß nur der Ungehorsam (gleichgültig allerdings ob eine Verurtheilung oder Freisprechung erfolgt sei) mit der Verwirkung der Kaution geahndet werden könne." *Boitard,* leçons de droit crim. pag. 366: « Si donc le prévenu, fidèle à sa promesse, a soin de comparaître à chaque acte de la procédure et de se présenter pour subir la condamnation sitôt, qu'il en sera requis par citation à son domicile élu, *alors l'obligation de la caution est absolument comme non avenue,* il n'y a lieu à aucune poursuite, à aucune exécution ni contre ses biens, ni contre sa personne. Il faut bien remarquer que la caution n'est pas donnée, au moins directement, pour garantir l'exécution pécuniaire des condamnations éventuelles; elle garantit que le prévenu viendra répondre tant que dureront les poursuites, et qu'en cas de condamnation il se présentera pour subir cette condamnation par sa personne. Mais si le prévenu ayant accompli ce double engagement de sa caution, s'étant présenté pour subir l'emprisonnement dont il est frappé, se trouve lui-même insolvable et hors d'état de payer les réparations ou l'amende, il est certain que la caution n'en serait tenu ni sur sa personne, ni sur ses immeubles, ni même sur la somme versée par elle. La somme versée par elle garantit la représentation du prévenu à toutes requisitions; elle ne

Digitized by Google

So wie wir oben nicht annehmen konnten, daß die Kommission, welche das Gesetz ausgearbeitet hat, hinter der frühern Gesetzgebung habe zurückbleiben wollen, so wenig imputiren wir ihr das andere Bestreben, der provisorischen Haftentlassung we-

garantit pas (ce point est capital et d'ailleurs incontestable) l'acquittement pécuniaire des condamnations qui seront prononcées. *Voilà du moins ce qui est indubitable lorsque le prévenu s'est fidèlement et exactement représenté.*» — *Trébutien*, cours de droit crim. pag. 291 spricht sich so aus: «La caution a pour principal but de garantir la comparution du prévenu; *il n'a pas pour but de donner une garantie de sa solvabilité.* Cela est rationnel, car si la mise en liberté ne peut être préjudiable à la partie civile et à la partie publique, il n'y a aucune raison d'en faire pour elles une occasion de bénéfice. Aussi résulte-t-il de la combinaison des art. 114 et 120 que, lorsque le prévenu a satisfait à l'obligation de se représenter, la caution est degagée et que le cautionnement doit être restitué (Cass. 1. août 1843). Il n'y a pas lieu de distinguer entre l'hypothèse où le cautionnement a été fourni par un tiers et celle où le prévenu a été admis à être sa propre caution: dans un cas comme dans l'autre le prévenu, en se présentant, dégage sa promesse, et. par voie de conséquence forcée, son cautionnement.» — *Hélie,* Instr crim. endlich sagt V.pag. 878: «L'objet du cautionnement est de garantir la présenee du prévenu à tous les actes de la procédure et l'exécution du jugement aussitôt qu'il en sera requis (art. 119). Il résulte de ces termes de la loi, que c'est la comparution personelle du prévenu que le cautionnement garantit et non le paiement des condamnations pécuniaires. Le cautionnement, en effet, remplace la détention, il est destiné à suppléer à la sûreté par le gage qu'il apporte; sa mission se borne à assurer sa représentation en justice. *Ainsi ce n'est que le défaut de cette représentation qui engage la responsabilité de la caútion;* elle n'a répondu ni du paiement des amendes ni du paiement des réparations civiles, et pourvu que le prévenu se soit représenté à toute réquisition de la justice, elle est entièrement dégagée. Mais si le prévenu fait défaut, cette circonstance produit plusieurs conséquences graves. La première conséquence est que le cautionnement n'a plus le même objet; il était destiné jusque là à garantir la représentation du prévenu; puisqu'il n'a pas atteint ce but, et que le prévenu ne se représente pas, il doit nécessairement recevoir une nouvelle affectation (art. 121). Par le défaut de représentation du prévenu le cautionnement est affecté au paiement des frais, des dommages-intérêts et des amendes auxquels il est condamné par le jugement définitif.»

Digitized by Google

niger günstig gewesen zu sein, als das französische Vorbild und die dortige Rechtspraxis.

3) Der sich um die einstweilige Haftentlassung Bewerbende übernimmt die Verpflichtung, seine Freilassung nicht zur Vereitelung des Verfahrens und der Strafe zu mißbrauchen, oder nach den Worten des Art. 170 St. V. „sich allen Unter„suchungshandlungen und der Vollziehung des Urtheilsspruchs „auf erste Aufforderung hin zu unterwerfen.“ *) Eine andere Verpflichtung geht er nicht ein, ein anderes Versprechen gibt er nicht. Er leistet also auch nur zur Bestärkung dieses Versprechens Kaution. Es wird nun wohl in aller Herren Ländern Rechtens sein, daß eine Kaution nur alsdann verfällt, wenn das Versprechen, zu dessen Unterstützung und Garantie sie gegeben wurde, nicht erfüllt, sondern demselben zuwidergehandelt wird; im umgekehrten Falle wird sie frei, sie erlischt. Die Nichterfüllung des Versprechens des Hauptverpflichteten ist somit die Bedingung des Fälligwerdens der nur für die Haltung dieses Versprechens geleisteten Sicherheit. Dieß ist auch bei uns civilen Rechtens, und hierauf beruft sich das erste Alinea des Art. 180 St. V. ausdrücklich.

Die Kaution wird nun allerdings nach den Art. 171 und 173 St. V. nicht nur etwa in der Weise geleistet, daß eine bestimmte Summe hinterlegt oder versichert wird, die im Falle des Ungehorsams gewissermaßen als Conventional- oder Ungehorsamsstrafe dem Staate, resp. der Kriminalkassa verfällt; sondern sie begreift mehr und etwas Anderes in sich, sie haftet auch für Kosten, Bußen und Civilentschädigung, und kann eintretenden Falls nicht nur als cautio de judicio sisti, sondern als cautio judicatum solvi in Anspruch genommen werden. Aber wohlverstanden, eben nur eintretenden Falls. Wann nun tritt dieser Fall ein? Es liegt auf der Hand, daß für die Beantwortung dieser Frage der Inhalt der Bürgschaft gar nichts entscheidet. Hienach wissen wir nur, was gezahlt werden muß, wenn es je dazu kömmt, nicht aber, daß unter allen Umständen ge-

*) Es ist hier unter der Vollziehung des Urtheilsspruchs offenbar nur die Erstehung der Strafe, und zwar der Freiheitsstrafe, gemeint.

Digitized by Google

zahlt werden müsse. Ueber die Frage, ob diese Pflicht je eintritt, ob die Kaution, wie es schon das Wort mit sich bringt, nicht bloß eine eventuelle sei, welche Thatsache ihr Fälligwerden bedinge, — können wir uns vielmehr nur im Art. 170 Raths erholen, der aber, wie gesagt, die Kaution lediglich als eine Garantie gegen den Ungehorsam, d. h. als Strafe für die Widerhandlung gegen die vom Freigelassenen übernommene Pflicht der persönlichen Stellung auffaßt. — Hiemit steht nun aber jene strengere Auslegung der Art. 179 und 180 im Widerspruch, weil sie die Kaution, so weit es die dereinstigen pekuniären Leistungen betrifft, als eine sofort in Kraft tretende, von keiner weitern Bedingung abhängige Verbürgung der Solvabilität des provisorisch Freigelassenen, mithin als ein eigentliches Kaufsgeld ansieht, das vom Staate und der Civilpartei nur deßhalb noch nicht erhoben werden kann, weil erst durch das Urtheil die Summen fixirt werden.

Wie aber, wenn das Gesetz dieß, diesen Widerspruch wirklich gewollt hätte!

Dieser Einwand ist offenbar nur dann möglich, wenn die Art. 179 und 180 sich anders nicht in Einklang bringen lassen mit dem im Art. 170 enthaltenen Grundprinzip und seinen nothwendigen Konsequenzen.

Wir möchten aber gerade das Gegentheil behaupten. Jene Auslegung ist sich der beiden, wohl zu trennenden Fragen nicht klar, für welches Versprechen des Verhafteten die Kaution geleistet wurde, und welches ihr materieller Inhalt, resp. zu welchen Leistungen möglicherweise dereinst der Bürge verpflichtet sei. Nur mit dieser Unterlassung ist es möglich, bei der im Art. 179 vorgesehenen Insolvenz des Freigelassenen von der Voraussetzung des persönlichen Ungehorsams völlig Umgang zu nehmen, und die bloße Insolvenz oder Saumseligkeit mit der Flucht auf die gleiche Linie zu stellen. Wird diese Unterlassung nicht begangen, so ist man im Gegentheil Angesichts des unbestreitbaren Satzes, daß die Kaution nur die stete persönliche Bereitschaft garantiren soll, und Angesichts der Unbestreitbarkeit der sich hieraus ergebenden Folgerung, daß sie nur verfallen



Digitized by Google

kann, wenn der Freigelassene dieser Pflicht zuwiderhandelt, sogar genöthigt, anzunehmen, das Gesetz gehe im zweiten Satze des Art. 179 ebenfalls von der selbstverständlichen Voraussetzung des vorangegangenen Ungehorsams aus. Dazu kömmt, daß das Gesetz auch bei der bereits verfallenen Kaution immer noch den terminus a quo für die Inanspruchnahme derselben bestimmen mußte, welchem Bedürfniß einzig vielleicht der Art. 179 seine Entstehung verdankt. — Ebensowenig ergibt sich aus dem zweiten Alinea des Art. 180 jene strenge Auslegung als die einzig mögliche. Wir glauben umgekehrt mit viel mehr Grund, nämlich, weil das erste Alinea die einschlägigen allgemeinen Rechtsgrundsätze in erster Linie als maßgebende Erlöschungsgründe erklärt, annehmen zu sollen, das zweite Alinea habe nur einen Spezialfall im Auge, in Bezug auf den es eine Abweichung von der Regel zu Gunsten der Kaution, eine Milderung des sonst geltenden Satzes: „Einmal verwirkt, für immer verwirkt" zu statuiren für billig und nöthig gefunden habe. Der Freigelassene war ungehorsam, er erschien nicht auf die Ladung zum Verhör, nicht vor Gericht, die Kaution ist damit verfallen; nun stellt er sich aber später gleichwohl zur Erstehung der Strafe, und jetzt verzichtet der Staat des Verfalls ungeachtet auf seine Forderung für die Haftsumme, die er nach strengem Rechte geltend machen könnte. Die Gesetzgebung kann dieß für den Fiskus thun, für die Civilpartei dagegen nicht, weil Jeder nur auf seine wohlerworbenen Rechte zu verzichten befugt ist, daher die Einschränkung in Art. 180: „soweit sie die Strafe allein betreffen." Eine Wiederholung dieser nämlichen Billigkeit findet sich im Art. 181, wo der Staat sogar die schon erhaltene Summe im Fall des spätern Ergreifens des flüchtigen Verurtheilten dem Bürgen zurückerstattet.

4) Wir erwähnen endlich, daß Höchster in seinem Lehrbuche in der Note a zu § 85, wo er das bernische Recht behandelt, ganz gleicher Ansicht ist. „In dem Falle, wo ein Angeschuldigter, der sich auf jene Aufforderung gestellt hat, zwar freigesprochen, aber in eine Civilentschädigung verurtheilt wird, kann nach seinem Erachten die Kautionssumme für den Civil-

Digitized by Google

„schaden nicht in Anspruch genommen werden. Der Art. 180 „scheine zwar dafür zu sprechen, derselbe stehe aber im „Widerspruch mit Art. 170, und wenn nach dem „letztern eine Verbindlichkeit nicht vorhanden ge„wesen sei, so könne dieselbe aus der im Art. 180 „verordneten Erlöschung nicht gefolgert werden."

5) Ein letztes Argument für unsere Ansicht wird dem zweiten Alinea des Art. 170 entnommen und lautet dahin, daß, weil der Richter und die Anklagekammer den Angeschuldigten gänzlich von der Bürgschaft entbinden können, sie auch befugt seien, mit einer partiellen, oder einer unter weniger strenge Bedingungen gestellten Bürgschaft sich zufrieden zu geben. Diesem könnten wir nicht beistimmen. Entweder Freilassung ohne alle und jede Bürgschaft, oder Bürgschaft, wie das Gesetz sie vorschreibt. Die Behörden haben nur diese Wahl. Nach jenem Argumente wären sie sonst auch befugt, eine Kaution gutzuheißen, die nur für den Fall gegeben würde, daß sich der Angeschuldigte erst nach Ablauf des ersten Jahres nach dem Urtheil stellen, oder daß er nach Amerika statt nach Asien sich flüchten würde; sie könnten sich mit einer Bürgschaft nur für die Haftsumme, oder nur für die Kosten, oder nur für die Buße, oder mit einer solchen endlich begnügen, die das im Art. 176 vorgeschriebene Vorgangsrecht willkürlich abändern würde.

Ebendeßhalb müssen wir schließlich betreffend den im Eingange erwähnten Bürgschaftsakt die Einschränkung auf den Fall rügen, daß sich die Wäßler durch die Flucht dem dereinstigen Urtheile entziehen würden. Schon für die jeweilige Stellung vorher soll kautionirt werden; für den Staat und die Civilpartei ist dieß bereits von wesentlichem Interesse.

Digitized by Google

# Zur gefälligen Beachtung!

Mit der nächsten Nummer beginnt die Zeitschrift des bernischen Juristenvereins ihren zweiten Jahrgang.

Sie wird, wie bis dahin, in monatlichen Lieferungen, jede 2 bis 3 Bogen stark, erscheinen. Der Abonnementspreis bleibt für den Jahrgang von 12 Nummern (vom Juli 1865 bis und mit Juni 1866) auf Fr. 8 festgesetzt, und wird mit der nächsten Nummer (1. Juli) auf diejenigen Abonnenten nachgenommen werden, welche das Abonnement nicht zuvor franko an die Buchdruckerei Rieder und Simmen in Bern entrichtet haben werden. — Ebendaselbst werden auch halbjährliche Abonnements zu Fr. 4 angenommen.

Bestellungen auf die Zeitschrift können, außer bei der Buchdruckerei Rieder und Simmen in Bern, bei sämmtlichen schweizerischen Postämtern aufgegeben werden.

Ex PQL
4/20/23

Druck von Rieder & Simmen in Bern.

Digitized by Google

Digitized by Google

Digitized by Google

Digitized by Google